DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XIII.

De Collationibus ſive ad titulos pandectarum & codicis de collationibus.

CAPUT PRIMUM.

In quo ratio inductiva edicti de collationibus diſquiritur, & quando & inter quos ex edicto Prætoris collationi ſit locus, diſceptatur.

1 OMISSIS variis ſignificationibus verbi *conferre*, de quibus videndi lexicographi, omiſsâ itidem definitione collationis, in cujus inveſtigatione abſque ullo ſanè fructu immorantur plerique, cùm res ipſa abſque definitione commodè intelligatur; ut ſtatim ordiamur jus collationis à Prætore primum introductum Imperialibus Conſtitutionibus mirificè poſtea extenſum eſt. Ex edicto Prætoris filius emancipatus præteritus qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, fratribus ſuis hæredibus ſua bona conferre, id eſt in commune redigere & communicare jubetur, l. 1. in prin. l. Prætor 3. §. emancipati 3. de collat. bon. Id exigente manifeſtâ æquitatis ratione quæ ex ſequentibus facilè dignoſcitur jure civili ſolum liberi ſui hæredes qui ſcilicet in morientis patris poteſtate fuerunt, & primum in familia gradum obtinent tempore delatæ hæreditatis ad parentum ſucceſſionem vocantur: emancipati autem liberi, utpotè qui ſuitatis & agnationis jura amiſerunt, & penitus extranei fuerunt conſtituti l. 7. de capit. minut. l. qui etiam 55. §. 1. de rit. nupt. non admittuntur ad paternam ſucceſſionem §. emancipatos 4. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferuntur. Prætor tamen æquitate naturali motus, & ſtrictiſſimum ſanguinis vinculum intuens; non modo ſuos, ſed unà cum eis emancipatos liberos ad parentum ſucceſſionem, vel contra teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, d. §. 4. de exhæred. liber. l. 1. & per tot. de bonor. poſſeſ. contra tab. vel ab inteſtato per bonorum ſucceſſionem unde liberi, dict. §. 9. de hæred. quæ ab inteſt. defer. l. 1. §. ult. ſi tabulæ teſtam. nullæ extabunt, in quo duplicem irrogat injuriam liberis ſuis hæredibus, primam, quia cùm ex Romani Juris diſciplina ſoli ſui hæredes paternam hæreditatem ex aſſe vindicarent, adeo ut magis capti dominii continuationem accipere, quàm denuo hæreditatem acquirere credantur, l. in ſuis 11. de liber. & poſthum. emancipati, dum cum eis concurrunt, partem hæreditatis auferunt, & ſic ad bona patris quæ ſuorum hæredum ſunt propria ex dict. l. 11. admittuntur. Secundum, quia cùm liberi ſui hæredes omnia fere parentibus acquiſiiſſent, l. placet 79. de acquir. hæred. emancipati autem ſibi, l. 1. in prin. ſi quis à patrefam. fuer. manum. hoc ipſo quod unà cum fratribus integri juris ad ſucceſſionem admittantur, bona à ſe quæſita præcipua retinebant, & ad bona à fratribus acquiſita inventa in paterna hæreditate vocabantur.

Huic duplici injuriæ vulgò dicitur occurri per 2
remedium collationis bonorum; ſed falsò, uti ego cenſeo; prima etenim injuria adhuc viget poſt noſtrum edictum, quia tam longè eſt, ut efficiat quominus emancipati partem hæreditatis ſuis hæredibus auferant, ut potius contrarium per ſuppoſitionem confirmet; igitur ſic ſtatus priorem injuriam nec obligare potuit, nec obligavit Prætor, quin liberos emancipatos excluderet, quos ex contrario ſimul cum ſuis hæredibus vocat, velavit tamen ex prætextu reſciſionis emancipationis ex ipſo edicto quo bonorum poſſeſſionem indulget, ſed l. cum patrono 6. §. 1. de bonor. poſſeſ. l. 3. §. ſi emancipatus 5. de bonor. poſſeſ. contra tab. Poſteriori ſanè injuriæ occurrit noſtrum edictum dum jubet ut ſua quoque bona in medium conferant emancipati, qui appetunt paterna; factâ enim collatione æqualitas legibus amica inter fratres, l. ſi ita legatum 12. de condit. & demonſt. retinetur, & exulant diſcordiæ & æmulationes, quas inæqualitas excitare conſuevit, nec jam amplius li-

beri ſui hæredes queri poſſunt, quod fratres emancipati ad partem bonorum, quæ ipſi parentibus acquiſierunt, admittantur; ſic docent, licèt non ſic explicent Cujac. ad pandect. in d. l. 1. de collat. bonor. & in recitationibus ad noſt. tit. Gilchenus ad eundem tit. in prælud. n. 2. & 3. Jacobus Ferrerius de collat. cap. 1. Arnoldus Vinn. eod. tract. cap. 2. n. 1. cum duobus ſeq. & noſtri eximii Anteceſſores Anton. Gomez in l. 29. Tauri n. 2. Pichard poſt §. quædam 10. inſtit. de act. ad l. quæ pater 50. famil. erciſcund. art. 1. n. 11. cum ſeq. D. Amaya 1. obſerv. cap. 17. DD. Didacus de la Serna exercitat. 4. n. 1. Franciſcus Nunez de Zamora in comment. ad noſt. tit. ff. de collat. bonor. & de dot. collat. parte 1. cap. 2. §. 2. n. 17.

3 Aliam quidem & prima facie ſubtiliorem edicti noſtri rationem excogitarunt Emmanuel Coſta in §. & quid ſi tantum 3. part. n. 229. & Anton. Faber. de errorib. Decad. 40. errore 7. n. 2. quam inſinuavit Cujacius in recitat. ad noſt. tit. ex eo quod Prætor cum nihil contra jus civile efficere poſſit, ſed ſolum præter jus civile l. 7. §. 1. de juſtit. & jur. l. nec non 28. ff. quod eis 2. ex quib. cauſ. maj. l. non eſt ambigendum 12. §. 1. de bon. poſſeſ. juncto Anton. Fabro in Papin. tit. 2. prin. 10. illat. 2. ut bonorum poſſeſſionem contra tabulas indulgeat filiis emancipatis, reſcindit emancipationem d. l. 6. §. 1. de bon. poſſeſ. & ea reſciſſa fingit eos in poteſtate ſemper fuiſſe; & in his terminis ponit quod jure civili ad ſucceſſionem vocarentur: quapropter neceſſum fuit ſtatui ut bona quæſita ex tempore emancipationis uſque ad tempus paternæ mortis fratribus qui in poteſtate manſerunt, conferrent; quia ſi revera fuiſſent in parentum poteſtate, omnia iis acquiſiiſſent ob identitatis fictionem quæ effectus eſt patriæ poteſtatis l. ult. c. de impub. & aliis ſubſtit. nec ea mortuis parentibus ſibi præcipua retinerent, ſed utpote hæreditaria inter omnes liberos dividerentur: nec dici poteſt, ſuppoſita reſciſione, emancipationis ſuperfluum eſſe edictum de collationibus, ex eo quod cum idem operetur fictio in caſu ficto quod veritas in caſu vero l. filio quæ pater 23. de liber. & poſthum. & filius emancipatus fingatur in poteſtate ſemper fuiſſe eo ipſo edicto ex quo bonorum poſſeſſionem agnoſcit: alio quocumque inſuper habito, bona ſua fratribus conferre cogendus eſt, quemadmodum ſi in poteſtate manſiſſet, quæcunque vivo patre quæſiiſſet, eo mortuo communi jure cum fratibus communia forent l. certum 13. l. famil. erciſc. nam ut optimè hanc objectionem prævidens Faber ait d. decad. 40. error. 7. n. 2. reſciſio hæc emancipationis non eſt totalis, ſed partialis, non efficit ut quoad omnes effectus fingatur filius in poteſtate fuiſſe, ut vel ex eo conſtat quod adhuc propriam familiam retinet, nec recuperat jura agnationis in ordine ad agnatos patris, ſed ſolùm viam ſtruit ut filius admittatur ad bonorum poſſeſſionem, & ſic operatur in ordine ad effectum circa quem introducta eſt, non in ordine ad alios & tanquam limitata cauſa, limitatum producit effectum ex vulgari regula textus in l. in agris 16. de acquir. rer. dom. & ea ratione adhuc poſita reſciſione emancipationis quoad effectum ſucceſſionis neceſſarium fuit noſtrum edictum quoad effectum collationis.

4 Cui explicatæ ſubtiliſſimi Coſtæ rationi ſubſcribit Præceptor meus D. Zamora ubi nuper d. cap. 2. §. 2. n. 18. qui aliquot numeris ſequentibus contendit eam ſolum vigere ubi filius emancipatus præteritus agnoſcit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non autem cum ab inteſtato admittitur ad bonorum poſſeſſionem, unde liberi, per quam ullâ reſciſione factâ emancipationis propter ſanguinis conjunctionem, non attentis juribus ſuitatis & agnationis filius ad paternam ſucceſſionem vocari autumat: Aſſumptum probare nititur ex l. liberi 4. ſi tab. teſtam. nul. ext. ubi dicitur liberos etiam capite minutos à Prætore vocari ad inteſtatam parentis ſucceſſionem: ergo vocantur non reſciſſa emancipatione. Poterat etiam expendere textum in l. ſi quis ex his 5. §. 1. eod. tit. ubi aſſeritur capitis diminutionem per edictum *unde liberi* nulli obſtare ut agnoſcat bonorum poſſeſſionem: ergo competit bonorum poſſeſſio, ſalvâ manente emancipatione, unde infertur quod ubi filius emancipatus ſuccedit parenti ab inteſtato per bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, ceſſat colluſio ex verbis edicti, utpote ceſſante formaliſſimâ ratione collationis inductivâ quæ pendet ex reſciſione emancipationis; ſed tamen per interpretationem & extenſionem edicti collationi locus eſt. Fundat hanc opinionem in d. l. 1. in prin. de collat. bon. ubi ſolùm aſſeritur locum eſſe collationi, agnitâ bonorum poſſeſſione contra tabulas, & in d. l. 1. §. ult. ſi tab. teſtam. null. ext. ubi nulla fit mentio collationis in bonorum poſſeſſione *unde liberi*: utitur etiam textus in l. ſi filius 5. de dot. collat. ubi filius qui agnovit bonorum poſſeſſionem *unde liberi* fictè perinde habetur ac ſi agnoviſſet bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad hoc ut ad collationem urgeatur, quod neceſſarium non eſſet ſi ex verbis edicti quo promittitur bonorum poſſeſſio *unde liberi*, locus eſſet collationi. Denique expendit difficiliorem textum in l. ſi pater 6. ſi tabulæ teſtam. null. ext. ubi expreſsè aſſeritur, agnitâ bonorum poſſeſſione *unde liberi* ex æquitate & mente edicti collationem admitti.

5 Quam doctiſſimi viri opinionem parum juris Clementis conſonam judico, & ex oppoſito contendo æquè reſcindi emancipationem in bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, ac in bonorum poſſeſſione contra tabulas, quia datur æquè ratio exigens æqualitatem reſciſionis, quod ſic oſtendo. Ideo in bonorum poſſeſſione contra tabulas reſcinditur emancipatio, quia alioquin contra jus civile Prætor indulgeret bonorum poſſeſſionem, & ſic inutiliter ex regula text. in d. l. 12. §. 1. de bon. poſſeſ. ſed pariter non reſciſſâ emancipatione contra jus civile daretur bonorum poſſeſſio *unde liberi*: ergo in utraque bonorum poſſeſſione militat æquè ratio exigens reſciſionem emancipationis: minorem ſic probo: licèt facilius ſuccedatur ab inteſtato quàm contra teſtamentum l. ſi quis filio 6. de injuſt. rupto, &c. l. cum in adoptivos 10. §. 1. l. de adopt. ff. ſed ea omnia 14. de hæred. quæ ab inteſtato defer. tamen non minus ab inteſtato quàm contra teſtamentum ſolos ſuos hæredes jus civile vocat ad paternam ſucceſſionem §. 1. inſtit. eod. tit. ergo ſicuti non reſciſſâ emancipatione Prætor inutiliter indulgeret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, contra jus civile, quòd ſolos ſuos hæredes admittit contra teſtamentum, ſic eâ reſciſione non factâ inaniter promitteret bonorum poſ-

Digitized by Google

ſeſſionem *unde liberi* contra jus civile quod primum ſuos hæredes admittit ad inteſtatam parentis ſucceſſionem ; & per conſequens tam in unde liberi quàm in contra tabulas bonorum poſſeſſioſione opus eſt emancipationem reſcindi. Idem ſuadetur ex l. 1. in prin. quis ordo in bon. poſſeſ. ſervet. ubi Prætor ad bonorum poſſeſſionem unde liberi ſuos hæredes vocare dicitur, nempe quia etiam emancipatos inter ſuos hæredes enumerat prin. inſtit. de legitim. agnat. ſucceſ. quod dici non poteſt in reſciſſâ capitis diminutione. Rurſus in hanc rem textus eſt diſertus in dict. l. 6. §. 1. de bon. poſſeſ. ubi poſtquam dixit Paulus ab inteſtato competere bonorum poſſeſſionem habentibus jus legitimum, vel non habentibus propter capitis diminutionem ſubjungit his verbis ibi : *quamvis etiam jure civili deficiant liberi qui propter capitis diminutionem deſierunt ſui hæredes eſſe, propter æquitatem tamen reſcindit eorum capitis diminutionem.* Prætor ergo ſentit expreſsè in bonorum poſſeſſione unde liberi, emancipationem reſcindi. Tandem hoc ipſum convincitur ex inevitabili fundamento, ſi in bonorum poſſeſſione unde liberi inſuper habitâ reſciſione emancipationis ſolius ſanguinis & naturalis cognationis ratio haberetur, procul dubio Prætor liberos ad bona matrum ab inteſtato deſcendentium vocaret per bonorum poſſeſſionem unde liberi, cùm eadem ſit naturalis cognatio inter matrem & filium, ac inter patrem & filium emancipatum ; ſed Prætor liberos ad bona matris non vocavit ad bonorum poſſeſſionem unde liberi, ſed ſolùm per bonorum poſſeſſionem unde cognati, l. 10. §. ſi qua prægnans 9. l. 2. l. Modeſtinus 8. unde cognati princ. inſtit. de Senatus-Conſulto Orphitiano, expreſſior textus in l. ult. l. de ſuis & legit. liber. Goffredus in d. l. 1. de collat. bonor. n. 1. Cheſius 2. interpret. cap. 8. n. 10. ergo quia in bonorum poſſeſſione unde liberi exigitur reſciſio emacipationis quam Prætor inducere nequit, ubi nec præceſſit, nec præcedere potuit emancipatio, ſicuti ex eadem ratione liberis præteritis teſtamento matris non competit bonorum poſſeſſio contra tabulas l. illud 4. §. ad teſtamenta 1. de bon. poſſeſ. contra tab. §. ult. inſtit. de exhæredat. liber. junct. l. nulla fœmina 13. de ſuis & legitim. hæredib. unde etiam evidenter infertur, nec ab inteſtato liberis ad boná matris competere bonorum poſſeſſionem unde liberi, quæ eis ſolis datur ab inteſtato, quæ præteriti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitterentur, l. 1. §. liberos 6. ſi tabul. teſt. nul. extab. docent plerique ex his rationibus omiſſis Cujac. tit. 41. Pauli ad edict. in dict. l. 6. §. 1. de bonorum poſſeſ. Cheſius ad lib. 1. cap. 8. n. 6. & ſequentib. nec aliud probant textus in d. l. 41 & in dict. l. 5. §. 11 ſi tabul. teſtam. nul. ext. qui ſolùm aſſerunt liberos etiam capite minutos, non obſtante capitis diminutione, vocati ad bonorum poſſeſſionem unde liberi. Quòd ſi ex eo inferas vocari, non reſciſſâ emancipatione, pariter ex pluribus locis quibus paſſim traditur liberos capite minutos, ſeu emancipatos admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, inferre debebis non reſcindi emancipationem in bonorum poſſeſſione contra tabulas ; maneat ergo æquè in unde liberi ac in contra tabulas bonorum poſſeſſione emancipationem reſcindi, & rationem inductivam edicti de collationibus etſi reſciſione emancipationis nitetur, æquè in utraq; bonorum poſſeſſione obtinere.

6 Rurſus quod ait vir doctiſſimus ex verbis quidem edicti ceſſare collationem in bonorum poſſeſſione unde liberi, quia ceſſat ratio inductiva collationis, ſed per interpretationem collationi locum eſſe, præterquam quod falſum eſt, manifeſtam implicat contradictionem ; nam licèt non ignorent aliquando deficientibus verbis edicti ob ejus rationem per interpretationem collationem admitti, ut in difficili textu inferius explicando in l. ſi filius 10. de collat. bonorum inauditum tamen eſſe contra verba, & ſimul contra rationem edicti interpretationem admitti ; quapropter ſi ideo ex verbis edicti ceſſaret collatio in bonorum poſſeſſione unde liberi, quia deficeret ratio inductiva collationis, ſanè non video quomodo per interpretationem poſſet admitti ; & ut clarè evincatur ex verbis edicti æquè locum eſſe collationi in unde liberi ac in contra tabulas bonorum poſſeſſione, expendo expreſſa verba Triphonini in celebri textu in l. filium 10. §. videamus 1. de bonor. poſſeſ. contra tab. ubi ut oſtendat in eleganti ſerie quam exagitat, & nos ſuo loco exponemus ex verbis edicti ceſſare collationem, ſic ait : *nec ex illa parte edicti qua, inteſtato patre, mortuus emancipatus ad bonorum poſſeſſionem admiſſus ad collationem compellitur* ; quid clarius deſiderari poteſt ? Idem probant textus in l. filius de collat. bon. l. 4. ſi emancipatus, l. ut liberis 17. C. hoc tit. cum aliis quibus paſſim ſcriptum eſt in bonorum poſſeſſione unde liberi, collationi locum eſſe, quod ſi non ex verbis, ex interpretatione deſcenderet, non ſiluiſſent Cæſares & Conſulti, ſicuti nec omiſit Scævola in d. l. 10. de collat. bon. nec tunc obſtant contrariæ opinionis fundamenta in text. in dict. l. 1. in prin. de collat. bonor. & in d. l. 1. §. ult. ſi tab. teſtam. nul. extab. Nam ex eo quod in d. l. 1. in prin. collationem admitti in bonorum poſſeſſione contra tabulas non rectè arguitur verba edicti ceſſare in unde liberi bonorum poſſeſſione, alioquin ex his juribus quibus aſſeritur locum habere collationem in bonorum poſſeſſione unde liberi poſſet ex contrario inferri in ea bonorom poſſeſſione contra tabulas ; ſimiliter nec ex eo quod in d. l. 1. §. ult. in danda poſſeſſione unde liberi non fiat mentio collationis, poteſt inferri in ea bonorum poſſeſſione collationem ceſſare, cùm contrarium alibi cautum inveniatur ; ſicuti nec eo quod pluribus in locis quibus agunt Conſulti de bonorum poſſeſſione contra tabulas collationis non meminerint, evincitur collationi locum non eſſe in bonorum poſſeſſione contra tabulas.

Nec magis urget textus in l. 5. de collat. dot. ubi bonorum poſſeſſione unde liberi cedit per contra tabulas, non ut admittatur collatio, ſed quod cum teſtamentum conditum fuiſſet, filius emancipatus præteritus, non potuit agnoſcere bonorum poſſeſſionem unde liberi ; quæ offert ſucceſſionem ab inteſtato ; & ita demum competit, ſi nec ſecundùm tabulas, nec contra tabulas bonorum poſſeſſio agnita ſit d. l. 1. §. ita autem 2. ſi tab. teſtam. nul. extab. junctis quæ tradunt Coſta in d. §. & quid ſi tantum 3. part. n. 120. cum ſeq. Cujacius, lib. 1. reſponſ. Papin. in l. filio 16. §. 1. de inoff. teſtam. Pinell. 5. ſelect. cap. 13. n. 13. cum ſeqq. Oſſuald. ad Donell. 19. comment. cap. 1. lit. N. D. Retes in adverſar. de bonor. poſſeſ. contra tab. cap. 7. ſed debuit petare bonorum poſſeſſionem contra 7

tabulas, & cùm per errorem agnoviſſet poſſeſſionem bonorum unde liberi, inſuper habito errore creditur accepiſſe contra tabulas bonorum poſſeſſionem, reliquas quas hic textus claudit difficultates, ubi de collatione dotis egerimus, plenè diſcutiemus. Denique non obſtat textus in d. l. 6. ſi tab. teſtam. nul. extab. ubi ſolùm diſputat Ulpianus, an nepos in avi poteſtate retentus, ad patris ſui emancipati bona, vivo avo, vocetur per bonorum poſſeſſionem unde liberi; & reſpondeo quod ſecundùm verba edicti admitti non poteſt, quia nunquam fuit in poteſtate, ſed tamen admittitur ex æquitate & mente edicti, ſicuti in eiſdem terminis præteritus admittitur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, l. 3. in prin. l. ſi emancipatus 6. §. filius 3. cum l. ſeqq. l. ult. in prin. de bon. poſſeſ. contra tab. quia, ut docet Cujacius in d. l. 6. & 7. ſufficit nepotem potuiſſe eſſe in patris poteſtate, etſi nunquam fuerit, ut locum habeat fictio quæ ad inſtar cæterarum fictionum, licèt falſitatem contineat, ſolam poſſibilitatem deſiderat, ut pluribus relatis tenet noſter Valentia 1. illuſt. tract. 3. cap. 1. n. 2. tota igitur æquitas in eo vertitur ut nepos admittatur in bonorum poſſeſſionem unde liberi, at ex admiſſo non dubitat Conſultus, ſed ſine cunctatione reſpondet collationi locum eſſe, quod idem ſervatur in bonorum poſſeſſione contra tabulas ex dictis juribus; ex qua doctrina facilè intelligitur textus in l. 9. verſ. idem nepos de collat. bonor. juncto ibi Cujacio lib. 5. reſponſ. Papin.

8 Ex quibus omnibus apparet quod etſi ratio inductiva noſtri edicti dimanaret præcisè ex reſciſione emancipationis, non eo minus locum haberet collatio in bonorum poſſeſſione unde liberi. Verùm ſententiam Coſtæ ſupra n. 3. relatam abſolutè & generaliter ſumptam falſam eſſe arbitror: moveor ab eo quod ſi tota ratio fundamentalis noſtri edicti ex reſciſione emancipationis penderet, indiſtinctè, data reſciſione, locus eſſet collationi, quæ tamen non ita non indiſtinctè ubi filius emancipatus vocatur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel unde liberi, reſcinditur emancipatio, nec tamen indiſtinctè bona ſua conferre cogitur, ſed ita demum ſi fratribus ſuis hæredibus injuriam inferat, cùm autem fratres nullo afficit incommodo, adhuc poſitâ reſciſione emancipationis non compellitur ad collationem l. 1. §. totus 6. de collat. bon. ſentit ergo fundamentalem noſtri edicti rationem non ſtare in reſciſione emancipationis, ſed in injuria quam filii emancipati fratribus ſuis hæredibus irrogant, ut dicebam n. 1. & 2. adjicio tamen eo caſu quo emancipati incommodo fratris adjiciunt, reſcindi emancipationem non ſolùm quoad effectum dandæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas vel unde liberi, ſed etiam quoad effectum collationis, licèt ea bonorum poſſeſſio agnita ſit, quæ hujuſmodi reſciſionem non exigat, qualis eſt bonorum poſſeſſio unde cognati, quia cùm collatio eo tendat ut incommodum illatum fratribus reſarciatur, non aliter hoc incommodum reſarciri poteſt, quàm ſi media reſciſione emancipationis filii emancipati ad conceptum filiorumfamilias redigantur, & ſic ea bona quæ ſi verè filiorumfamilias fuiſſent, parentibus acquiſiiſſent, fratribus conferant, l. 6. C. hoc tit. toties igitur collationi locus eſt, quoties interventu emancipati aliquo incommodo affectus eſt is qui eſt in poteſtate; at ſi ceſſet incommodum, ceſſabit collatio, ex hac generali regula quam ſuppeditat Ulpian. in d. l. 1. §. 5. de collat. bon. omnia quæ ad noſtrum tractatum ſpectant, inferuntur. Infero primò inter filios ſuos hæredes edictum noſtrum ſilere, qui cum æquali jure ad paternam ſucceſſionem vocentur, nullam invicem patiuntur injuriam. Accedit & illud quod olim nec bona habebant, quæ poſſent conferre quidquid acquirebant parentibus, acquirebant, nec acquiſitionis erant capaces adhuc ex conſenſu parentum in veriori ſententia quam ſtrenuè fundat noſter Valentia 3. illuſt. tract. 2. per tot. præcipuè ex n. 8. quidquid deſperatam & in ſchola noſtra jampridem proſcriptam Fabri & Pichardi, contrariam opinionem ſuſtinere nitatur Oros 1. de apicibus cap. 5. per tot. ſolùm caſtrenſia & quaſi caſtrenſia habebant peculia, quæ inter reliqua privilegia mortuis parentibus cum fratribus non ſunt communia, ſed præcipua retineantur, l. cum duobus 62. §. idem Pomponius 8. pro ſocio textus difficilis in l. fideicommiſſaria 23. §. ſervum 2. de fideicom. libertatib. pro cujus explicatione adeundus D. Retes 5. opuſ. cap. 3. n. 17. l. miles 5. de caſtrenſi peculio, l. ſi filiusfamilias 4. C. famil. erciſcundæ, l. ult. in prin. & verſo, hac nempe ratione, C. de ſilentiar. lib. 12. prin. inſtit. quibus non eſt perm. fac. teſtam. Cætera autem peculia utpote parentibus acquiſita in dividenda hæreditate tanquam hæreditaria, ad communionem revocantur, d. l. 13. C. famil. erciſc. nec propriè conferri dicuntur. Conferuntur enim bona propria filiorum, bona autem defuncti non conferuntur, ſed dividuntur; ſed quia peculia filiorum quaſi patrimonia eorum ſunt quandiu pater vivit, l. peculium 39. de peculio non malè quaſi conferri dicuntur, & impropriè conferri, ut in d. l. 23. §. 2. de fideicom. libert. & in l. filiæ 12. C. hoc tit. docet Cujacius in recitationibus ad noſt. tit.

Unde non minus verè quàm ſubtiliter deducit 9
Goffred. in l. 1. §. non ex dodrante 3. de collat. bonor. n. 2. quod peculia filiorumfamilias ex diviſione hæreditatis ad communionem revocantur ſive ab inteſtato, ſive ex teſtamento hæredes exiſtant, ſive ſoli, ſive ex teſtamento cum extraneis hæredibus, aut cum fratribus emancipatis ex teſtamento, vel ab inteſtato concurrant, quod præterquamquod ſatis evincitur ex generali regula textus in d. l. 13. C. famil. erciſcundæ, & ex l. frater à fratre 38. circa fin. de condict. indeb. l. filiæ 12. C. hoc tit. neceſſaria etiam juris ratio expoſcit, quia filiorumfamilias peculia parentum ſub quorum poteſtate fuerunt, propria ſunt; bona autem quæ tempore mortis defunctus reliquit inter omnes hæredes ſive ſuos, ſive extraneos dividi oportet. In quo maximum diſcrimen animadvertitur inter peculia filiorumfamilias quæ mortuis parentibus omnibus hæredibus indiſtinctè quaſi conferuntur, & ea quæ filii emancipati ex tempore emancipationis acquiſierunt, quæ quia in paterna hæreditate non inveniuntur, non omnibus hæredibus conferuntur, ſed ſolis fratribus integri juris quibus injuriam infert emancipatorum concurſus, & tunc patrimonio defuncti addicuntur, l. 3. §. Julianus 2. de collat. bon. ex qua doctrina noviter intelligo textum ad rem adhuc non notatum in l. pecunia 53. famil. erciſc. ubi quærit Ulpianus an pecunia quam filius emancipatus ea lege mutuam

Digitized by Google

dedit ut patri ſolveretur, in patris hæreditate numeretur, & reſpondet ita demum in paterna hæreditate numerari, ſi patri adverſus filium ejuſdem pecuniæ nomine actio competebat, nimitum ut noſtro edicto accommodemus, & ejus myſterium explicemus; meritò quæritur an ea pecunia in patris hæreditate, an in bonis filii numeretur: inter hæc enim multum intereſt; nam ſi numeretur in patris hæreditate prout numeratur ubi patri adverſus filium ejuſdem quantitatis nomine actio competebat, indiſtinctè in judicio familiæ erciſcundæ ad communionem revocabitur, & tanquam hæreditaria inter filium emacipatum & alios quoſcunque cohæredes dividetur; at ſi non numeretur in patris hæreditate, ſed in bonis filii, prout contingit ubi nulla actio eo nomine patri contra filium competebat, non venit in judicium familiæ erciſcundæ; ſed vel à filio emancipato præcipua retinetur, ſi eum emancipatis fratribus, vel extraneis cohæredibus ad bona paterna admittatur vel confertur ex noſtro edicto integri juris fratribus quibus injuriam irrogat emancipati concurſus.

10 Secundò, infert liberos emancipatos ad bonorum poſſeſſionem admiſſos invicem ſibi non conferre, d. l. 1. §. ult. l. 2. §. 2. ſi tres emancipati, l. 3. ff. Julianus 21. l. 5. de collat. bon. d. l. 9. C. hoc tit. Quippe cum omnes ſolo jure Prætorio ad ſucceſſionem vocentur; etſi maximè reſcindatur emancipatio, nullo incommodo ſe afficiunt; itaque quod dicitur in d. l. 1. §. 1. de collat. bonor. ſcilicet inter eos dari collationem quibus bonorum poſſeſſio data eſt, non eſt generaliter concipiendum, ſed ita demum ſi emancipati cum fratribus integri juris concurrant. Verùm huic illationi opponitur vulgaris, difficilis tamen textus in l. 1. ff. ſi ſit filius 16. de conjug. cum emancipati liber. ubi filius emancipatus confert bona ſua non modo fratri qui manſit in poteſtate, ſed & nepotibus ex altero filio prædefuncto, & ſi unus ex nepotibus fuerit in poteſtate; & alter emancipatus: ergo emancipatis non modo retentis in poteſtate, ſed & invicem ſibi conferunt; omiſſis emendationibus Cujacii 3. obſervat. cap. 29. Hottoman. 9. obſervat. cap. 9. & aliis in locis, omiſſis etiam pluribus ſolutionibus quas refert Gilchenius in dict. l. 9. C. hoc tit. ex n. 7. uſque ad num. 14: nonnulli quos refert & ſequitur Arnold. Vinn. de collat. cap. 4. n. 6. reſpondent quod in d. §. 16. filius emancipatus non confert ſimul & conjunctim ambobus nepotibus; ſed illi duntaxat nepoti qui manſerat in poteſtate avi, cui frater emancipatus dimidiam partem offert, atque ita non directè, ſed obliquè nimirum per interpoſitionem fratris perſonam capit emolumentum collationis; ſed hæc ſolutio quam hucuſque impugnatam non vidi; meo judicio admitti non poteſt; tum quia ei littera textus omnino reſiſtit; dum ait filium emancipatum ambobus nepotibus conferre ibi, *unam iſtis collaturum*, tum etiam quia ſi collatio ſolum fieret nepoti qui manſit in poteſtate avi; nepos alter emancipatus nec obliquè poſſet collationis emolumentum ſentire; etenim licèt id quod confertur, addicatur patrimonio defuncti, d. l. 3. §. 2. de collat. bon. tamen ita addicitur, ut nec directè, nec obliquè perveniat ad emancipatos, ſed ad eos ſolum quibus collatio facta eſt, ut expreſsè cavetur in d. l. §. 3. a. de collat. bonor. tamen nec provenit ex bonis defuncti, ſed propter bona accedit, ut ſpecioſè dicitur in d. l. 1. §. num videamus 14. de conjung. cum emancip. lib. ex cujus eleganti deciſione in verſ. nam etſi alius iterum præfatam ſolutionem convinco; proponitur ibi quemdam filium in poteſtate reliquiſſe, & duos emancipatos primum & ſecundum, & ex primo duos nepotes in poteſtate retentos; ſupponitur hæreditatem in tres partes ſcindi; quarum prima pertinet ad filium qui manſit in poteſtate, ſecunda ad ſecundum filium emancipatum, & tertia ad primum filium emancipatum, cui ex edicto junguntur nepotes ex eo in poteſtate retenti, mox de collatione quæritur, & reſpondetur primum filium emancipatum ſolis nepotibus quibus ſolùm injuriam facit, conferre teneri; ſecundum verò filium emancipatum conferre fratri ſuo in poteſtate retento, & nepotibus ex primo emancipato. Denique ſubjicitur quod nepotes emolumentum collationis, quia à patruo ſuo, ſcilicet ſecundo filio emancipato acceperunt patri ſuo, nempe primo filio emancipato, non coguntur communicare; ex ea elegantiſſima ratione, quia licèt patri ſuo jungantur, & unà cum eo ad eamdem partem hæreditatis inter ſe dividendam vocentur; commodum tamen collationis non ex bonis avi, ſed propter bona eis ſucceſſit; ſimilem loquendi modum habemus apud Papinianum in l. eo tempore 50. §. ult. de peculio, ubi Cujacius lib. 9. quæſt. ejuſdem: ergo ex eadem ratione, ſi in d. §. 16. collatio ſolùm fieret nepoti qui manſit in poteſtate, ejus commodum nec obliquè ad alterum nepotem emancipatum pervenire potuiſſet.

Quamobrem veriorem exiſtimo communem 11 ſolutionem Antiquorum, & noſtri Pichardi quos referunt & ſequuntur D. Amaya 1. obſerv. cap. 15. n. 11. cum duobus ſeqq. & D. Zamora ubi ſupra 4. part. n. 17. aſſerentium quod in d. §. 36. filius emancipatus ideo confert utrique nepoti tam ſuo, quàm emancipato, quia nepotes dum avo ſuccedunt, patris ſui perſonam repræſentant, §. cum filius 6. inſtit. de hæred. quæ ab inteſtat. defer. & unius perſonæ vice funguntur, elegans ad rem textus in l. ſi nepotes 7. de collat. bon. Quapropter nepos emancipatus ex perſona alterius nepotis fratris ſui, cum quo unus idemque eſſe cenſetur, fruitur beneficio collationis; ſed tunc ingens oritur difficultas ex d. l. 1. §. 14. quam alto ſilentio Interpretes diſſimularunt; nam pariter in ejus ſerie nepotes in poteſtate retenti, patri ſuo emancipato junguntur, ſimul cum eo ad eamdem partem hæreditatis vocantur, ac proinde cum eo unius perſonæ vicem gerunt; & tamen filius alter emancipatus ſolis nepotibus, non patri eorum confert. Pro ſolutione dico quod etſi nepotes in poteſtate retenti juncti patri ſuo emancipato, ad eamdem partem hæreditatis admittantur, non tamen eodem, ſed diverſo jure ſuccedunt; nepotes quippe ſuccedunt, ut ſub jure repræſentationis, pater autem emancipatus ſuccedit jure proprio, poſitâ reſciſione emancipationis, qui cum nepotibus diverſo jure ſuccedentibus, non poteſt unius perſonæ vice fungi. Hoc ipſum ſuadetur ex eo quod ſi cum nepotibus unus idemque eſſe cenſeretur, pars hæreditatis in quam cum eis concurrit, æqualiter inter ipſum & nepotem dividenda foret, prout dividitur inter nepotes jure repræſentationis ſuccedentes, d. §. 6.

inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. ſed non dividitur æqualiter ; imo ejus partis dimidia pars ad patrem emancipatum , & altera dimidia ad omnes nepotes ſimul pertinet , d. l. 1. §. inter ipſum 11. de conjung. cum emancip. lib. ergo licèt nepotes invicem pro una perſona habeantur, pater emancipatus cum eis unius perſonæ vicem ſungitur. Idem convincitur ex eo quod ſi pater cum nepotibus unam perſonam efficeret pars ab uno ex nepotibus admiſſa , non ad ſolum fratrem , ſed etiam ad patrem rediret , prout contingit inter nepotes ubi ſolum ſuccedunt , pars ab uno omiſſa cæteris omnibus accreſcit ex generali regula textus in l. un. quando non petent part. petentibus accres , & in §. ult. inſtit. de Senatus Conſult. Olphitiano ; ſed portio ab uno ex nepotibus omiſſa non ad patrem ejus , ſed ſolum ad fratrem pertinet , d. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus 12. de conjung. Cheſius d. lib. 1. interpret. cap. 8. n. 15. ergo pater emancipatus non unus idemque eſſe cum nepotibus cenſetur; jam igitur nihil mirum quod in d. §. 14. pater emancipatus nec directè, nec obliquè cenſeat emolumentum collationis factæ nepotibus , & quod in d. §. 16. nepos emancipatus ex perſona nepotis fratris ſui , cum quo quaſi unicam perſonam conſtituit ad beneficium collationis admittatur; vel poſſet forſan reſponderi Conſultum , in d. §. 16. non aſſerere utique nepoti conferendum eſſe , ſed ei qui in familia retentus fuit , dicere tamen iſtis & nepotibus conferri , quia eadem portio uni confertur quæ ambobus eſſet conferenda : confirmatur hæc conjectura ex eo quod ut ex littera textûs conſtat , Conſultus non diſputat quibus conferendum ſit , ſed quantum ſit conferendum.

12 Sed nondum textum in d. §. 16. penitus explicuimus , ſupereſt inveſtigare quid ſibi velint illa verba Conſulti ibi , *quamvis hi minus quam patruus, concurrente patre , ſint habituri*, quæ difficillima ſunt , dum denotant quod ſi pater nepotum ſuperſtes eſſet , & cum eis concurreret, minus habituri erant nepotes ex hæreditate avi, quàm patruus qui manſit in poteſtate ; hoc enim dici non poteſt ; quia ſi patruus viveret , & eſſet in poteſtate , profectò nepotes excluderet , d. l. 1. §. ſi pater 6. de conjung. &c. atque ita non minus , ſed nihil eſſent habituri , ſin autem pater eorum viveret, & eſſet emancipatus, nepos quidem emancipatus , qui cum patre concurrere nequit , nihil haberet , concurrente patre ; nepos autem qui manſit in poteſtate , & patri jungeretur , non minus haberet quàm habet, concurrente altero nepote emancipato , imo idem haberet , quod ſic demonſtro : concurrente nepote emancipato,habet dimidiam tertiæ portionis ; eandem autem partem haberet , concurrente patre ſuo emancipato,l. 1. §. 11. de conjung. ergo falſum eſt dicere quod nepotes, concurrente patre, minus eſſent habituri quàm patruus. Huic difficultati ſubtiliter occurrit D. Amaya , d. l. 1. cap. 17. n. 19. cum tribus ſeqq. cujus mentem clarius aperiam. Docet ergo Conſultum in ſuperioribus verbis conſciſè rationem dubitandi occupaſſe ; quæ ſic poteſt objici, ſi pater nepotum emancipatus viveret , & cum eis concurreret , eo ſcilicet caſu quo ambo in avi poteſtate retenti fuiſſent (nullo enim alio caſu cum ambobus concurrere potuit) nepotes minus haberent quàm patruus qui manſit in poteſtate ; nam patruus ſemper haberet tertiam partem hæreditatis , nepotes autem , concurrente patre , ſolùm dimidiam tertiæ partis haberent , ac per conſequens filius emancipatus minus nepotibus conferret quàm fratri qui manſit in poteſtate ; ergo etiam non concurrente patre emancipato , nepotes minus debent ex collatione percipere ; ſed evidens eſt ſolutio, qui etſi patre concurrente , minus ex hæreditate avi eſſent habituri quàm patruus d. l. 1. §. 14. ut infra latius dicemus , non tamen minus eis conferretur quàm patruo : ergo cùm non concurrente patre , æqualem partem habeant ex hæreditate avi , fortiori ratione æquale etiam collationis commodum ſentiunt.

13 Tertiò infero , tum demum poſſe noſtrum edictum ſuas vires exercere , cùm emancipati unà cum ſuis hæredibus contra teſtamentum vel ab inteſtato admittuntur , ſive ſui jure civili hæredes exiſtant., ſive agnoſcant bonorum poſſeſſionem edictalem contra tabulas aut unde liberi , ſive admittantur per bonorum poſſeſſionem decretalem , qualis eſt Carboniana , utpote emancipatus filius controverſiam ſtatûs faciens impuberi , qui ſi filium & in poteſtate patris eſſe dicitur , impuberi qui , dilatâ ſtatûs quæſtione, in tempus pubertatis interim agnoſcit bonorum poſſeſſionem carbonianam , bona ſua conferre cogitur , exactâ tamen cautione ut impubes ſi forſan victus fuerit ; non modo partem hæreditatis, ſed & ea quæ ex collatione accepit , reſtituat emancipato , d. l. 3. §. emancipatus 1. de collat. bonor. l. penult. & ult. de carbon. edicto. Nec ſolùm emancipati bona ſua conferunt ſuis hæredibus , illis ſcilicet qui ſi vivis parentibus naſcerentur , in eorum poteſtate fuiſſent , & primum in familia gradum occupaſſent , non tamen ſtatim ac prægnans mater in poſſeſſionem miſſa ſit ex edicto de quo in l. 1. & per tot. de ventr. in poſſeſ. mittend. quia is qui in utero eſt , nondum eſt in poteſtate , & interim an naſciturus ſit ignoratur , ſed ubi oatus fuerit , quo tempore ſuitatis jura nanciſcitur expreſſus textus in l. ult. de collat. bonor. & in l. poſthumo 1. C. hoc tit. pariter nec filio ab hoſtibus capto debet conferri. priuſquam redeat ad civitatem , quia nec ante ſuus hæres eſt , nec obſtat quod partem faciat ei qui manſit in civitate , l. 1. §. 4. de bonor. poſſeſ. contra tabulas , quod decepit D. Retes 6. opuſc. cap. 5. n. 8. quia idem dicitur de poſthumo in d. l. 1. §. idem 5. cui tamen dum eſt in utero , conferre non debet ; nec dici poteſt emancipatum conferre debere mulieri prægnanti , quæ in poſſeſſionem miſſa eſt , exactâ cautione , ut ſi nullus filius naſcatur , quæ contulerit , ei reſtituantur , prout fieri diximus , ubi impubes agnoſcit carbonianam bonorum poſſeſſionem ; nam ratio diſcriminis inter utrumque caſum ab Interpretibus non quæſita , necdum inventa ex eo pendet , ni fallor , quod impubes qui ſtatûs controverſiam patitur , interim dum ad pubertatem pervenit pro filiofamilias habetur , & in patris poteſtate fuiſſe creditur , l. 3. §. cauſæ 4. & §. miſſum 13. de carbon. edict. ac pnnde ei ab emancipato ſtatim confertur ; at etſi ſimiliter ventris nomine in poſſeſſionem miſſa ſit , dum an aliquis naſciturus ſit ignoratur , nullus datur ſuus hæres verus aut præſumptus cui fieri collatio poſſit , adhuc exactâ cautione reſtitutionis ; quapropter ceſſat collatio donec poſthumus naſcatur.

Quartò , infero quod nec ſemper emancipati 14

ſuis hæredibus conferunt, ut puta, ſi ſui hæredes maneant, inſpecto jure civili l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus 10, de fideicom. libertat. & ex eo plures reſultant effectus quos eleganter percurrit Valentia illuſt. tract. 1. cap. 7. n. 15. in conceptu tamen juris Prætoris ex quo tota oritur conferendi neceſſitas, pro hæredibus non habentur l. neceſſariis 50. de acquir. hæred. cum vulg. niſi forſitan propter inconſultæ ætatis facilitatem, vel ob aliquam aliam juſtam cauſam adversùs abſtentionem in integrum reſtituti fuerint, quo caſu id exigente reſtitutionis natura, & collationis commodum eis reſtituitur d. l. 1. §. planè 5. de collat. bonor. ſicuti ex contrario filii emancipati, qui paternam hæreditatem repudiarunt, non urgentur ad collationem l. ex cauſa 55. C. fam. erciſcund. & tamen ſi contra repudiationem fuerint reſtituti ad bonorum poſſeſſionem, onus collationis ſubire coguntur expreſſus textus in l. 2. ſi ut omnis hæred. &c. Quin imo etſi emancipati ſimul cum ſuis hæredibus effectivè ſuccedunt, non indiſtinctè conferunt, ſed eos aliquo incommodo afficiunt, d. l. 1. §. 5. de collat. bonorum quod regulariter contingit; interdum tamen non irrogant injuriam ſuis hæredibus, & tunc non ſubeunt onus collationis. Primus caſus habetur in celebri textu in d. l. 20. §. videamus 1. de bonor. poſſeſſ. contra tabul. Quidam filium quem in poteſtate habebat, exhæredavit, emancipatum præterivit, & exterum hæredem ſcripſit, qui metu præteriti repudiavit hæreditatem, deſerto per repudiationem teſtamento, & ſic irritâ factâ exhæredatione filius qui manſit in poteſtate ab inteſtato, ſuus hæres extitit, emancipatus agnovit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam rectè agnoſcere potuit ex regula textus in l. quod vulgo 19. de bonor. poſſeſ. cont. tab. Quæritur de collatione, & ait Triphoninus ſecundùm verba edicti ceſſare collationem, quæ nec poteſt induci ex edicto quo Prætor inter eos quibus bonorum poſſeſſio contra tabulas data eſt, caveri de collatione ab emancipato jubet, quia filius exhæredatus nec agnovit, nec agnoſcere potuit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec etiam ex ea parte edicti, qua emancipatus admiſſus ad bonorum poſſeſſionem unde liberi conferre jubetur; quia licèt is qui manſit ab inteſtato, hæres fuerit (non ut falsò aliqui dicunt ab inteſtato acceperit bonorum poſſeſſionem quam petere non poteſt ex regula textus in d. l. 1. §. 5. ſi tab. teſtam. nul ext.) emancipatus non unde liberi, ſed contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit. Verùm nec hîc ſiſtit Conſultus, imo progreditur docens collationem ceſſare, quia ceſſat ratio inductiva noſtri edicti; emancipatus etenim filius nullo incommodo fratrem affecit, imo ei januam aperuit ad ſucceſſionem, & ſaltem remotè abſtulit obſtaculum exhæredationis, dum fuit in cauſa ut hæreditatem repudiaret extraneus, qui non timuit exhæredatum, cujus jus anceps erat in querela in qua alea judicii adeſt, & ſæpe vincitur qui vincere debebat argum. textus in l. 6. §. 1. de inoff. teſtam. ſed emancipatum præteritum elegans text. in l. 4. de legat. præſtand. qui per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ edictalis eſt, ut ſtatim abſque cauſæ cognitione indulgetur, poſſet ab eo bona avocare, & hæreditatem evincere, l. cum emancipatus 13. de bon. poſſeſſ. contra tabulas; ceſſante ergo injuria, meritò ceſſat collatio. docent Anton. Cont. lib. 1. ſucceſ. lect. cap. 14. circa finem, & D. Retes in adverſar. de bon. poſſeſ. contra tab. cap. 1. n. 5. & 6.

Secundum caſum ſuppeditant idem Tryphoninus in d. l. 20. §. 1. verſ. & hoc ſit conſequens de bonor. poſſeſſ. contra tabulas, & Ulpianus in d. l. 1. §. pater filium 4. de collat. bonor. in l. 3. verſ. planè de dot. collat. pater filium in poteſtate exiſtentem ex minore parte hæredem inſtituit extraneum ex reliqua hæreditate, & filium emancipatum præterivit, qui agnovit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam commiſſo edicto petiit etiam filius exiſtens in poteſtate ex regula textus in d. l. 8. §. ult. de bon. poſſeſ. contra tabul. emancipatus non tenetur fratri conferre, quia nulla injuria eum affecit, imo fuit in cauſa, ut excluſo extraneo, ei committeretur edictum, & eo commiſſo, hæreditaria portio augetur l. etſi contra 35. de vulg. l. ult. §. ſi filius 2. de legat. 3. d. l. 8. §. ult. de bonor. poſſeſ. contra tabul. D. Retes lib. 3. opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. Scævolæ ad. d. l. ult. §. 2. de legat. 3. idemque dicendum eſt ſi filius ſuus hæres fuerit inſtitutus ex ſemiſſe, extraneus ex altero ſemiſſe, emancipatus præteritus qui cum petita bonorum poſſeſſione nihil auferat fratri, cui ſemis integer continetur, ſive ex teſtamento, ſive per bonorum poſſeſſionem ſuccedat l. ſi duobus 24. de bon. poſſeſſ. contra tabul. ſed ſolum ſemiſſem auferat extraneo, non tenetur conferre, ut probat ab argumento elegans textus in d. l. 1. §. ſi ex dodrante 3. de collat. bonor. & expreſſius probatur ex eadem lege 1. §. pater 4. ubi eo caſu quo filius ſuus unà cum extraneo fuit inſtitutus, dicitur filium emancipatum præteritum ita demum conferre deberi ſi aliquid fratri ſuo ex cauſa hæreditaria abſtulerit: ergo cum in propoſito nihil auferat fratri, immunis eſt ab onere collationis, docent ſubtiliter Goffredus in d. l. 1. §. ſi ex dodrante, n. 31. circa medium, Vinn. de collat. cap. 16. n. 13. nec tunc obſtat verſiculus nam ſi minorem d. §. 4. ubi dicitur quod filius ſuus inſtitutus ex minore parte quam dimidia, iniquè poſtulet collationem; nam præterquam quod argumentum à contrario ſenſu in jure noſtro inefficax eſt, ubi ex eo ſequitur abſurdum, ut ex præfato verſiculo poſſit affirmari, prohibet verſiculus antecedens: dicendum ergo eſt quod ideo illum caſum exempli loco Conſultus ſubjecit, quia cùm in eo emancipatus non ſolum nihil auferat fratri, ſed portionem ejus augeat, clarior eſt ratio diſtinguendæ collationis, non tamen negavit ceſſare collationem ubi filius emancipatus nihil auferat fratri, licèt ejus portionem non augeat, imo in præcedenti verſiculo expreſsè contrarium ſtatuit

Tertius caſus eſt cùm emancipati hæredes à patre inſtituti ſunt qui non tenentur conferre, niſi aliud ſpecialiter à teſtatore cautum ſit, d. l. 1. §. vel maximè 6. de collat. bonor. l. pater 6. de dot. collat. l. 1. C. hoc tit. quod & obtinet in dotis collatione l. Pomponius 35. fam. erciſc. d. l. 3. in prin. de dotis collat. l. ult. C. commun. utriuſque jud. l. un. §. quo à nobis recepto 12. l. de rei uxor. act. l. filiam 7. C. hoc tit. quia ex teſtamento venientes nullam fratribus inferunt injuriam, cùm non ut filii, nec juris Prætoris beneficio, ſed jure civili ut

15

16

Digitized by Google

extranei ratione inſtitutionis ad ſucceſſionem admittuntur l. 1. §. Pomponius 8. de Carbon. edicto, textus elegans in l. à patre 10. hoc tit. palam autem eſt extraneos unà cum ſuis hæredibus inſtitutos abſque ullo collationis onere ad ſucceſſionem admitti; nec ſolùm id procedit ubi ex teſtamento adeunt hæreditatem, imo & ſi commiſſo edicto per fratrem præteritum, ſive emancipatum, ſive ſuum juxta terminos textus in l. ſi duo 56. de legat. præſt. per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, partem ex qua inſtituti ſunt, conſequantur, aut petitâ à fratre præterito bonorum poſſeſſione in ea parte à Prætore tueantur, unus collationis non ſubeunt, d. l. 1. §. 6. de collat. bonor. & in his terminis dotis ſunt textus ſuo loco explicandi in l. ſi filius 23. ſi quis omiſsâ causâ, & in d. l. 3. de dot. collat. quod ſummè difficile eſt, quia tunc non ut extranei, ſed ut filii non civili, ſed Prætoris jure ad ſucceſſionem vocantur, ut vel ex eo conſtat quod ſi extranei eſſent, nec eis committeretur edictum, nec agnitâ bonorum poſſeſſione à filio præterito ullam partem hæreditatis retinerent, d. l. 13. de bon. poſſeſ. cont. tab. ergo cùm admittantur ut filii, debent ad collationem compelli. Verùm reſpondeo quòd ubi pater filium emancipatum hæredem inſtituit, hoc ipſo ex ſua voluntate onus collationis excludit, quia filium ut extraneum vocat ad hæreditatem; hæc autem patris voluntas adhuc viget poſt petitam bonorum poſſeſſionem contra tabul. tum quia nec in totum per eam evertitur teſtamentum l. filiæ 4. hoc tit. §. ſi autem inſtit. de bon. poſſ. licèt aliquando impropriè reſcindi dicatur, ut in textu ſic intelligendo in l. ut liberis 11. C. hoc tit. tenet ex aliis D. Retes in adverſ. de bon. poſſeſ. cont. tab. cap. 7. per tot. tum etiam quia etſi in totum revera teſtamentum everteretur, novum in jure non eſt, ut ex teſtamento reſciſo, vel quod magis eſt, nulla habeatur ratio voluntatis circa ea quæ pendent ex nuda voluntate, elegans textus in l. ult. de rebus eorum, l. 1. in prin. juncto §. adſignare 3. ad aſſign. libert. junctis quæ tradunt Anton. Gomez 2. var. cap. 15. n. 16. D. Retes lib. 3. interdictis & releg. 78. D. Olea de ceſſion. jur. tit. 2. quæſt. 5. & n. 21. conſtat autem ad excludendam collationem nudam voluntatem patris ſufficere, l. ex parte 39. §. 5. fam. erciſcundæ, unde veram cenſeo ſententiam ſubtilis Goffredi in d. l. 5. §. pater 4. n. 1. aſſerentis filium emancipatum hæredem inſtitutum fratri ſuo hæredi præterito conferre non teneri, quia etſi ipſo jure nullum teſtamentum ſit l. inter cætera 30. de lib. & poſth. voluntas patris, excludit collationem.

17 Hinc inducimus in quæſtionam à nullo ex Interpretibus quos viderim agitatam, num ſcilicet filius emancipatus hæres inſcriptus teſtamento patris fratri in poteſtate exiſtenti exhæredato, qui per inofficioſi querelam teſtamentum evertit, bona ſua conferre teneatur; & quidem ſi teſtamentum ſolum pro parte reſciſſum ſit, ceſſare collationem certum eſt; ſin autem in totum reſciſſum ſit, prout reſcindi poteſt; etſi aliquis ex filiis hæres inſtitutus ſit, l. mater 19. verſ. cæterum de inoff. teſtam. junctis quæ docet D. Retes in adver. de inof. teſtam. cap. 58. n. 15. & 16. difficilior res eſt; videtur dicendum adhoc collationem ceſſare ex patria voluntate quam & poſt reſciſſum teſtamentum diximus ſufficere ad excludendam collationem, & id confirmare poteſt exemplo aſſignationis liberti, quæ quia non ſolemnem, ſed nudam voluntatem deſiderat, d. l. 1. §. 3. de aſſign. libert. utilis eſt adhuc poſt reſciſſum in totum teſtamentum per inofficioſi querelam, ut ex d. l. 1. §. ſed etſi exhæredato 5. de aſſign. libert. noviter ſibi nimium plaudens tenet. D. Zamora in tract. de liber. & poſthm. 2. part. cap. 4. §. 2. n. 26. ſed contrarium tenendum eſt, & aſſerendum emancipatum hæredem inſtitutum; reſciſſo in totum teſtamento per querelam onus collationis ſubire, & in his etiam terminis intelligendus eſt textus in d. l. 17. C. hoc tit. quatenus aſſerit reſciſſo teſtamento per querelam collationi locum eſſe; ratio ex eo provenit, quod querela eo colore teſtamentum reſcindit, quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit l. 2. d. l. 19. de inoff. teſtam. abſurdum autem eſſet ut ullâ haberetur ratio voluntatis hominis dementis, & quaſi furioſi, cujus nulla voluntas eſſe dicitur in l. furioſi 40. de reg. jur. confirmatur ex eo quod licèt vi clauſolæ codicillaris quæ nuda voluntate contenta eſt, deſerto teſtamento fideicommiſſa à legitimis ſucceſſoribus debeantur, l. ex ea 29. C. de fideicom. reſciſſo tamen per querelam teſtamento, adhuc adjectâ clauſulâ codicillari, nec fideicommiſſa ab inteſtato debentur, quia cùm paterfamilias quaſi furioſus deceſſiſſe credatur, nihil ex his quæ ad ſuprema judicia pertinent valere poteſt l. Titia 13. de inoff. teſtam. l. nec fideicommiſſa 36. de legat. 3. ubi D. Retes lib. 4. opuſc. ad notas Claudii: ergo pariter etſi unde voluntas collationis excludat reſciſſo teſtamento per querelam emancipatus inſtitutus conferre tenebitur, cùm nulla tunc haberi poſſit ratio paternæ voluntatis. Nec obſtat exemplum adſignationis liberti, quia cùm ſolùm nudam exigat voluntatem, adhuc everſo teſtamento ſuſtinetur, d. l. 1. in prin. de aſſign. libert. juncto D. Retes lib. 3. de interdict. & releg. n. 78. inutilis tamen redditur ubi per querelam teſtamentum reſcinditur ex ratione & doctrina textus in d. l. 36. de legat. 3. nec aliud probat textus in d. l. 1. de aſſign. libert. ubi ſolum dicitur exhæredato filio poſſe libertum aſſignari ex ratione quam reddit Pinellus 1. ſelect. cap. 8. n. 16. quod ita intelligendum eſt, ut ſcilicet effectum habeat aſſignatio, non reſciſſo teſtamento per querelam.

Ex qua doctrina cæteris differentiis quæ vulgò 18
notari ſolent inter inofficioſi querelam, & bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & hæc adjicienda eſt, quòd emancipatus hæres inſtitutus reſciſſo teſtamento per querelam tenetur conferre, petitâ autem poſſeſſione contra tabulas, non compellitur ad collationem, niſi forſan portio ex qua fuit inſtitutus, aucta fuit, commiſſo edicto bonorum poſſeſſionis, quo caſu pro modo patris excedentis quam ſine patris voluntate ſuis hæredibus aufert, ad collationem urgetur, d. l. 1 §. 6. de collat. bonor. d. l. 3. verſ. planè de dotis collat. idemque obtinet ſi filio emancipato præterito, pater legatum reliquerit, qui ſive legato contentus non agnoſcat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſive eâ cognitâ, non amplius nanciſcatur, quàm quod pater ei dedit, non tenetur conferre; at ſi bonorum poſſeſſionis beneficio plus nactus fuerit, urgebitur ad collationem d. l. 1. §. ſed etſi legaris 7. de collat. bonor. & in terminis dotis ſunt textus commodiori loco exponendi in d. l. 10. & in l. filiam

10.

10. C. hoc tit. ex quibus veniunt intelligendi textus in dict. l. 1. §. is quoque 14. l. ſi quis filius 5. de collat. bonor. l. 2. de dot. collat. quibus aſſeritur filium qui in adoptiva familia eſt conferre gradum, qood ex eo redditur difficile, quod jure pandectarum filii adoptivi quandiu in adoptiva familia ſunt, patri naturali penitus ſunt extranei, ſive civile, ſive prætorium jus attendamus l. 6, §. ult. verſ. adoptio de bon. poſſeſſ. cont. tabulas §. adoptivi 5. inſtit. de exhæred. lib. §. at hi 10. de hæred, quæ ab inteſt. defer. ſed licèt non abſurdè poſſet horum jurium ſententia reſtringi ad ſpecialem caſum textus in l. 3. §. idemque eſt de bon. poſſeſ. cont. tab. ut generaliter accipiatur, ponendum eſt filium adoptivum à patre naturali hæredem inſtitutum fuiſſe, ut eleganter probatur illis verbis textus in d. §. 14. ſi maluerit contra tabulas bonorum poſſeſſionem accipere; ex quibus conſtat optionem filium habere ut veniat per contra tabulas commiſſo edicto aut ex teſtamento, quia inſtitutus eſt, & etiam commiſſo edicto ſi hoc malit, fundus eſt in illa portione quam haberet, ſi acciperet contra bonorum poſſeſſionem docet D. Joſeph Zamora in comment. ad d. l. 1. §. 14. & commiſſo edicto per alium fratrem præteritum agnoviſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas ex regula d. l. 8. §. in adoptionem 11. de bonor. poſſeſ. contra tabulas; ſed nec hoc ſufficit, ponendum etiam eſſe ejus portionem auctam fuiſſe, & plus conſecutum fuiſſe per bonorum poſſeſſionem quam meruit ex judicio patris, & ea ratione collationi obnoxium eſſe docent Goffredus & Cujacius in d. l. 1. §. 14. & in d. l. 2. de dotis collatione, Vinnius de collat. cap. 4. n. ult. D. Zamora eodem tractatu 4. parte n. 22. & Altamiranus lib. 5. quæſt. Scævolæ in l. ſi filius 10. de collat. bonor. n. 6. & 7. quæ omnia aliter ſe habent poſt novell. 18. cap. 6. unde deſumpta eſt authent. ex teſtamento C. hoc tit. Juſtinianus antiquum jus abrogavit, ſtatuens ut non modo ab inteſtato, ſed ex teſtamento collationi locus ſit quo magis inter fratres æqualitas retineatur; niſi alia fuerit voluntas expreſſa, ut vulgò notatur in dict. auth. ex teſtamento.

19 Quinto infero quod nec ſemper emancipatus ſuis hæredibus confert, ſed illis duntaxat quibus injuriam infert, & partem bonorum aufert, diſerti textus in d. l. 1. §. ſi ex dodrante 3. in fine l. 9. in prin. de collation. bonor. l. 1. in fine principij & §. emancipatus 13. cum tribus §. §. ſequentib. de conjung. cum emancip. lib. l. ſi quis ex his 5. in fine prin. ſi tab. teſtam. nul. extab. ubi ſi quis deceſſerit, duobus filiis relictis, alia in poteſtate altero emancipato, & nepotibus ex eo in poteſtate retentis, emancipatus ſolis nepotibus qui ex edicto junguntur, & quibus quadrantem aufert, cogitur conferre non fratri cui nullam irrogat injuriam, quia etſi non admitteretur ad bonorum poſſeſſionem, ſolum ſemiſſem frater haberet, quem & nunc habet, alter autem ſemiſſis integer à nepotibus perciperetur, qua ratione pars omiſſa ab emancipato ſolis nepotibus adhæreſcit d. l. 5. §. ult. ſi tab. teſtam null. extab. & è converſo pars à nepotibus omiſſa ſoli patri emancipato accreſcit non patruo qui manſit in poteſtate d. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus 11. de conjung. Cheſius d. lib. 1. interpret. cap. 8. n. 15. & 16. Bellonus de jur. accreſc. cap. 5. quæſt 47. n. 25. & 26. confirmari etiam poteſt tradita doctrina argum. textus in l. nepos 18. cum l. ſeq. de legatis præſtand. de cujus conciliatione cum l. nonnumquam 14. §. 1. eod. tit. & l. ult. de conjung. videndus Cujacius tract. 4. ad African. in d. l. 18. unde facilè intelligitur textus in d. l. 3. §. ult. de collat. bonor. junctis d. l. 13. §. ult. de bon. poſſeſ. cont. tabul. d. l. 1. §. ſi paternam de conjung. & Cujacio ad d. l. 1. de collat. bonor. & lib. 23. Digeſt. Juliani in d. l. 3. §. ult. opponi tamen poteſt ab argumento textus in l. 2. de conjung. pro cujus ſolutione videndus Goffredus ad l. 1. eod. tit. n. 1. huc etiam pertinet textus in l. 1. §. ſi ſit nepos 2. de dot. collat. & in d. l. 1. §. ult. de conjung. ubi ſi ſit filius in poteſtate & ex altero filio jam præmortuo duo nepotes, alter emancipatus, alius in poteſtate retentus, nepos emancipatus ſoli fratri ſuo, cui irrogat injuriam, dum ad unum eundemque ſemiſſem cum eo admittitur, confert non patruo, quem nullo incommodo afficit; nam licèt ipſe non admitteretur ad bonorum poſſeſſionem, ſolum ſemiſſem patruus haberet, & alterum non integrum nepos in poteſtate retentus perciperet. Nec tunc obſtat textus in d. l. 7. in fine de collat. bonor. qui quatenus aſſerit nepotes ex præmortuo filio patruo ſuo conferre teneri, loquitur de nepotibus emancipatis, qui cum invicem non conferant ex d. l. 9. C. hoc tit. ſoli patruo cui injuriam inferunt, bona conferunt, docet Cujacius in d. l. 1. §. 2. de dot. collat. nec magis obſtat difficilis textus in l. illam 19. C. hoc tit. quem aptiori loco explicabimus, interim conſulito Cujacium in d. l. 1. §. 1.

Difficiliores nexus habere videtur textus in d. 20
l. ult. in fine de conjung. in cujus perplexa ſanè hypotheſi, quam ſola perſpicuitate ponit, & à calumniis Antonii Fabri 10. conjectur. cap. 11. liberat. D. Retes omnino videndus in adverſ. de leg. præſtand. cap. 13. n. 1. cum tribus ſeqq. dicitur quod portio quæ conſervatur ex reſcripto Divi Pii nepoti ex filio emancipato ſuſcepto poſt emancipationem ab avo ſuo hærede inſtituto non ſolum auferrur à patre ſuo emancipato, ac proinde ab alio nepote in avi poteſtate retento, ſcilicet fratri ſuo qui patri emancipato jungitur, ſed etiam avocatur à patre, qui manſit in poteſtate, & hæres ſcriptus ſuit, ergo nepos emancipatus non ſolum patri ſuo in poteſtate retento, ſed & patruo qui manſit in poteſtate, partem aufert, & injuriam irrogat, ergo in neceſſariam conſequentiam utrique conferre tenebitur contra textum in d. l. 1. §. 1. & in d. l. 1. §. ult. ſed omiſſis quæ fruſtra commminiſcitur D. Zamora de collat. 4. parte n. 10. cum ſeptem ſequentibus qui ingenuè fatetur maluiſſe diſcere quàm docere in hoc ſcabroſo articulo; mihi, ut quod ſentio; dicam, hæc difficultas non videtur adeo magni momenti, fateor portionem quæ conſervatur nepoti poſt emancipationem patris, ſuſcepto ab avo hæredi inſtituto, auferri non modo patri, ſed patruo, quia cum nepos iſte non potuiſſet petere bonorum poſſeſſionem, omnes qui eam accipiunt portionem, quæ ei ex reſcripto conſervatur, præſtare tenentur juxta textum ſic intelligendum in d. l. 14. §. 1. de legat. præſt. ex eleganti ratione quam tradit Cujacius d. tractatu 4. ad African. in d. l. 18. eod. tit. & in ſerie textus in d. l. 1. §. 2. & d. l. 1. §. ult.

portio competens nepoti emancipato ſolum aufertur fratri ſuo, ſcilicet alteri nepoti retento non patruo, ut nuper dicebam, & ea ratione ſuli fratri non patruo collatio fieri debet; ſin autem quæras num in ſerie textus in d. l. ult. collationi ſit locus, reſpondeo quòd nepos poſt emancipationem patris ſuſceptus; etſi portionem ex qua inſtitutus ſuit juxta ea quæ dixi n. 10. filius verò emancipatus præteritus qui agnovit bonorum poſseſſionem contra tabulas non fratri ſuo qui manſit in poteſtate, ſed ſoli nepoti ex ſe nato in poteſtate retento, qui ei jungitur, conferre tenetur ex d. l. 2. §. 3. de collat. bonor. ſed dices, imo etiam alteri nepoti poſt emancipationem ſuſcepto conferre cogendus eſt argum. textus in d. l. 1. §. 26. de conjug. Reſpondeo quod ideo ſulum confert nepoti retento, quia hi duo nepotes unius perſonæ vice non funguntur, cùm diverſu jure ſuccedant, ut ex eo conſtat quod nepos poſt emancipationem ſuſceptus, partem ſuam aufert non modò fratri, ſed & patri & patruo, ac per conſequens ceſsat regula textus in d. l. 1. §. 16. junctis quæ circa ejus explicationem dixi n. 10. cum ſeq.

21 Sextù infero nec antiquo, nec novo jure inter aſcendentes collationi locum eſse, & multu minùs inter cognatos lineæ tranſverſæ, & ex defectu rationis inductivæ noſtri edicti probat cum pluribus Vinn. de collat. cap. 5. n. 2. cum duobus ſeqq. unde oritur quæſtio valde inter Interpretes controverſa, quæ inquirit an filius emancipatus qui excluſus tempore aut repudiatione ex primo capite unde liberi, admittitur ex ſequentibus nempe unde legitimi aut unde cognati ex regula textus in l. 2. unde legi. l. 1. §. ſed videndum 22. de ſucceſ. edicto juncta civili non minùs quàm vera explicatione Cheſii d. lib. 2. interpret. cap. 7. n. 22. cum pluribus ſeqq. ad collationem urgeatur, in qua breviter ſentio cum pluribus quos ſequitur Vinn. ubi nuper cap. 4. n. 20. & 21. quod tenetur conferre quia injuriam irrogat fratri ſuo hæredi, qui ſi ſolus inveniretur, ex quocunque capite integram hæreditatem patris adquireret, & ad ejus peculia in paterna hæreditate inventa emancipatus adſpitat, & quia Prætor liberos adhuc ex inferioribus venientes ut liberos intuetur l. de bonis 6. §. huic autem 1. de Carbon. edicto, & ut liberis annuum ſpatium eis indulget ad petendam bonorum poſseſſionem, l. 4. §. 2. quis ordo in bonis poſseſ. ſervet. d. l. 2. §. ult. de ſucceſſor edicto conducit ab argumento textus ſic intelligendus, aliàs difficillimus in l. 2. §. ult. ſi quis à par. ſurioſ. manum. in illis verbis *jus antiquum*, quæ non ſunt accipienda de querela, quidquid dicant Oſsuald. & ab eo relati 29. comment. lit. N. D. Retes in adverſar. de inoff. cap. 28. n. 3. nec de jure dominii prout mordicus tenet Oroz. 2. de apicibus cap. 5. n. 13. ſed de annuo ſpatio, ut ex d. l. 1. §. penult. de ſucceſs. edicto, & d. l. 4. §. 2. quis ordo in bonor. poſseſ. ſubtiliſſimè competit litterariæ paleſtræ quondam fortunatiſſimus apex, cui invidit importuna ſors, Dominus ac parens meus à quo habuit noſter D. Ferdinendus de Menſes in expoſitione ad tit. de Reg. jur. in l. quoties 92. eod. tit. facit etiam textus in d. l. 17. C. hoc tit. in illis verbis, *quocumque genere inteſtata ſucceſſionis*. Nec huic reſolutioni obſiſtit textus in l. nonnunquam 8. de collat. bon. ubi filius emancipatus qui petitâ bonorum poſseſſione contra tabulas intra annum per contumaciam non confert poſt annum non admittitur ad ſucceſſionem, ergo poſt elapſum annum fruſtra quæritur de collatione: nam facilè reſpondeo quod tum demum poteſt filius ex inferioribus edicti ordinibus admitti, cum agnovit neutiquam bonorum poſseſſionem ex primo ordine, ut in d. l. 8. cùm ſemel agnoviſset bonorum poſseſſionem contra tabulas quæ ex teſtamento eſt, nec intra annum potuit ex alia parte edicti ab inteſtato admitti, nec poſt annum ſuæ contumaciæ, ſummo jure potuit mutare conſilium, licèt aliud obtineat ex æquitate, ut infra latius dicemus; & interim docet Cujacius lib. 3. quæſt. Papin. in d. l. 8. nec magis obſtant quæ ſine juris autoritate diſputat Goffredus in l. etſi ex modica 6. §. ſi filius 1. de bon. libert. n. 4. & 5. quibus occurrere quilibet poterit ex traditis à Cheſio nuper laudato. Reliquis contrariæ opinionis fundamentis quæ parum urgent, ſatisfaciunt Gomez in l. 29. tauri n. 32. & Vinn. d. cap. 4. n. 22.

Septimò, ex eadem edicti noſtri ratione provenit reſulutio celebris quæſtionis qua inquiritur utrum diverſo jure ſuccedentes cullationi ſit locus; in qua licèt vulgò exiſtiment Doctores tam ex verbis, quàm ex mente edicti collationem ceſsare ducti ex d. l. 20. §. 2. de bon. poſseſ. cont. tabul d. l. 1. §. 2. de collat. bonor. & §. nec ipſa 7. junct. l. anteced. de dot. collat. veriorem exiſtimo contrariam ſententiam quam præter relatos Fachineo lib. 5. controv. cap. 77. tuentur Anton. Centius lib. ſing. de hæred. & bon. poſseſs. quæ ab inteſtato defertur fol. mihi 309. Dominus Amaya d. lib. 2. obſer. cap. 17. n. 25. cum ſeqq. & D. Altamiran ad lib. 5. quæſt. Scævol. in d. l. 10. de collat. bonor. aſſero ergo ſecundùm verba edicti inter diverſo jure ſuccedentes collationem ceſſare, quòd licèt formalia edicti verba deſiderentur, non obſcurè probatur ex d. l. 16. §. 1. de bon. poſseſ. contra tab. & ex d. l. 15. §. 1. de collat. bon. Nec tamen verum eſt quod paſſim dici ſolet, diverſo jure filios ſuccedere, cùm filiusfamilias jure civili ſuus hæres exiſtit, emancipatus verò jure Prætorio admittitur ad ſucceſſionem, imo tunc intelliguntur eo jure ſuccedere quoad noſtrum edictum, & ejus verbis collationi locus eſt, ut mihi probat textus in d. l. 20. §. 1. in verſ. quia etſi frater ubi ut oſtendat Conſultus in ſpecie quam n. 24. explicui ex verbis edicti ceſſare collationem, ea ratione utitur qui etſi frater ab inteſtato hæres ſit emancipatus, tamen non inde accipit bonorum poſſeſſionem, ergo ſupponit quòd etſi frater jure civili hæres extitiſset, ut conſtat ex illo verbo *heres*, quod non cadit in eum qui ſuccedit jure Prætorio §. 2. inſtit. de bonor. poſseſ. ſi tamen emancipatus ab inteſtato bonorum poſſeſſionem agnoviſset ex verbis edicti collationi locus eſset; idem probatur ex eo quod cum Prætor edictum de collationibus induxerit in ſuppoſitione ſuitatis, cujus vi filii jure civili hæredes exiſtunt, non potuit tanquam diverſo jure ſuccedente ab emolumento collationis arcere eum qui jure civili ſuus hæres exiſtit, maximè cum jam pridem cœperit in unam conſonantiam jus civile & prætorium conjungi, §. ſed cum paulatim 3 inſtit. de teſtam. ordin. junct. l. 8. de juſtit. & jur. & latâ juris civilis ſignificatione, jus etiam præto-

torium contineatur §. conſtat. 3. de jure nat. gent. & civili. Rurſus hoc idem eleganti exemplo confirmo quoad caſum juris accreſcendi, quod locum non habet inter diverſo jure ſuccedentes l. 6. in prin. de bon. poſſeſ. Bellon. de jure accreſcendi conſil. 5. quæſt. 43. per tot. illi quorum unus jure civili, alter prætorio jure ſuccedit non diverſo, ſed eodem jure ſuccedere intelliguntur, ita ut inter eos juri accreſcendi locus ſit d. l. 1. §. 12. de conjung. Bellon. d. quæſt. 43. n. 47. cum quatuor ſeq. ergo idem dicendum eſt quoad cauſam edicti de collationibus, diverſo itaque jure civili ſuccedere dicuntur, cùm unus admittitur ab inteſtato, alter verò ex teſtamento, ut in d. l. 20. §. 2. ubi filiusfamilias ſuus hæres exiſtit ab inteſtato; emancipatus ſucceſſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas quam ex teſtamento eſſe ſæpius diximus ex d. §. 1. & ex §. ſed eas 4. de bon. poſſeſ. Nec obſtat quod in d. l. §. 1. de collat. bon. dicatur inter eos dari collationem, quibus data eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas; nam reſpondeo quod ibi tam ſuus quàm emancipatus præteriti ſint ut detur collatio ex verbis edicti, utrumque bonorum poſſeſſionem contra tabulas agnoſcere opus eſt, quia alioquin ſuus, neglectâ bonorum poſſeſſione ab inteſtato ſi hæres exiſtat, & emancipatus contra tabulas bonorum poſſeſſionem accipiat, diverſo jure ſuccedunt.

23 Verùm collatio quæ ceſſat ex verbis edicti inter diverſo jure ſuccedentes per interpretationem inducitur ex æquitate, ubi militat ratio inductiva noſtri edicti, ſcilicet ubi emancipatus ſuo hæredi inducit injuriam, deficiente autem injuria tam verba quàm mens edicti deficiunt, ut manifeſtè probatur ex d. l. 20. §. 1. de bonor. poſſeſ. cont. tab. ex qua doctrina venit intelligendus obſcurus ſanè Scævolæ locus, qui huic controverſiæ anſam præbuit in l. ſi filius 20. de col. bon. ubi filius in poteſtate exiſtens fuit hæres ſcriptus, & emancipatus præteritus, & cum poſſet filius ſuus hæres commiſſo edicto per fratrem contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere l. 3. §. ſi quis ex liberis 11. de bonor. poſſeſſ. contra tab. ex teſtamento adivit, ideſt ſe immiſcuit, ita enim accipitur impropriè verbum *adire*, ſicuti eſt verbum *repudiare* pro *abſtinere* in d. l. 2. unde legitimi, & abſtinere pro repudiare in l. quæſitum. 40. de acquirend. hæred. ut obſervat Cheſius 1. interpret. cap. 7. n. 17. cum duobus ſeqq. vel etiam adivit, licèt hoc neceſſarium non eſſet l. in ſuis 14. de ſuis & legitim. jam bonorum poſſeſſionem petere non poteſt, quia judicium patris approbavit l. ſi duobus 14. in prin. verſ. quod ſi is de bon. poſſeſ. contra tab. ponit autem ex teſtamento ſe immiſcere, quia nihil prohibet adiri hæreditatem, etſi immineat bonorum poſſeſſio contra tabulas l. ita tamen 17. §. quoties 6. ad Trebell. d. l. 20. de bon. poſſeſs. contra tab. l. viribus 8. §. ſi adierit 2. de legat. præſt. Coſta in §. & quid ſi tantum 3. parte n. 110. Quæritur an huic fratri emancipatus conferre cogatur, & reſpondetur quod licèt ex verbis edicti ceſſet collatio, quia diverſo jure fratres ad ſucceſſionem vocantur, ſuus ex inſtitutione emancipatus contra voluntatem per bonorum poſſeſſionem, ex æquitate collationi locus eſt, quod difficile eſt, nam filius hæres ſcriptus, non ut filius, ſed ut extraneus admittitur ad hæreditatem, d. l. 1. §. 8. de Carbon. edicto, extraneo autem conferri nec verba, nec mens edicti patiuntur d. ult. commun. utriuſq. jud. ſed omiſſis Amaya ubi ſupra, & D. Retes in adverſar. de bonor. poſſeſs. contra tab. cap. 1. n. 7. qui non rectè occurrunt emendatricibus manibus Antonii Fabri de error. decad. 40. error. 10. per tot. dicendum eſt ideo in propoſito ex mente edicti collationem admitti, quia filius ſuus hæres tametſi ex teſtamento ſe immiſcuerit, admittitur ut filius, & à Prætore eo jure tuetur, quo potuit commiſſo edicto bonorum poſſeſſionem agnoſcere, elegans ad rem textus in l. is qui in poteſtate 15. §. 1. verſ. de ſcripto de legat. præſt. de cujus conciliatione cum d. l. 14. verſ. ſed illud de bon. poſſeſ. cont. tab. l. 5. §. ult. ſi duo 16. in fine de legat. præſt. videndus D. Retes in adverſat. de legat. præſt. cap. 9. n. 5. quia ſi eſſet extraneus, petita bonorum poſſeſſione, nihil ex hæreditate retineret dict. l. 19. & 20. de bonor. poſſeſ. contra tab. & d. l. 1. §. 3. de collat. bonor. ergo cùm admittatur ut filius, & injuriam patiatur per emancipati concurſum ex æquitate & mente edicti ſentit emolumentum collationis, ita Altmiranus in d. l. 10. n. 11. cum ſequentibus.

Sed ſtatim ſe offert ſubtilis difficultas ab omnibus omiſſa, ex eo quod pater filiumfamilias quem hæredem ſcripſit, ut extraneum ad hæreditatem vocavit, & hoc ipſo ab emolumento collationis excluſit, ergo licèt petitâ bonorum poſſeſſione contra tabulas à fratre emancipato in parte hæreditatis, à Prætore tueatur ex voluntate patris, non debet collationis emolumentum ſentire, ſicuti ex eadem ratione diximus n. 16. quòd filius emancipatus hæres inſtitutus adhuc petitâ bonorum poſſeſſione contra tabulas, immunis eſt ab onere collationis. Verùm forſitan non minus ſubtiliter reſpondeo, quod etſi pater filiumfamilias quem hæredem inſtituit, ab emolumento collationis excluſerit, æquè tamen ex ſua voluntate emancipatus quem præterivit, ab hæreditate excluſit, quare ſicuti emancipatus contra ejus voluntatem ſuccedit & injuriam irrogat, ſic & ad collationem urgetur, dummodo filiusfamilias ex aſſe hæres inſtitutus ſit, prout neceſſariò accipiendus eſt textus in d. l. 20. nam ſi ſolùm ex ſemiſſe hæres ſcriptus ſit, adjecto cohærede extraneo, ceſſat conferendi neceſſitas juxta ea quæ dixi n. 25. at emancipatus inſtitutus ex paterna voluntate non confert. Opponitur etiam difficilis textus in d. l. 2. §. ibidem Julianus 8. de collat. bonor. ubi ſi filius in poteſtate exiſtens hæres inſtitutus præterito fratre emancipato, deceſſerit ante acceptam bonorum poſſeſſionem, hæredem ejus Prætor tuetur pro ea parte ex qua filius fuit inſtitutus, ad collationem autem non admittit, quia bonorum poſſeſſio admiſſa non eſt. Tum ſic; en ubi filius ſuus inſtitutus potuit, commiſſo edicto bonorum poſſeſſionem agnoſcere, & quia non agnitâ deceſſit., licèt jure ſuitatis tranſmittat hæreditatem l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legitim. lib. non tranſmittit emolumentum collationis; ergo pariter in d. l. 10. filius ſuus hæres; quia de facto non agnovit bonorum poſſeſſionem, non debet ad beneficium collationis admitti; ſed omiſſis Goffredo & Cujacio, dicendum eſt eum textum non loqui de eo caſu quo filius ſuus deceſſit, antequam ipſe bonorum poſſeſſionem peteret, quod parum referret, cùm poſſet ejus hæres eam 24

petere ut ab argumento probant textus in l. 4. §. ult. cum l. ſeqq. de bon. poſſeſ. cont. tab. l. emancipata 4. Cod. qui admitti ad bona, &c. Quidquid dicant. Antonius Gomez. 1. Var. cap. 9. n. 47. & Bellonus de jure accreſ. conclu. 7. quæſt. 46. n. 62. cum ſeq. quod ſufficeret ut locus eſſet collationi cujus jus tranſmiſſibile eſt l. ſi maritus 14. C. hoc tit. ſed potius de eo caſu quo ſuus hæres deceſſit antequam frater emancipatus bonorum poſſeſſionem agnoviſſet, tunc enim licèt hæreditatem tranſmittat, commodum collationis non transfert, quia cùm emancipatus non ante conferre cogatur quàm bonorum poſſeſſionem receperit l. 3. in priu. de collat. bonor. non autem ante habet ſuus hæres commodum collationis, quod nec tranſmittere poteſt ea regula textus in l. nemo plus 54. de Reg. jur. docet Altamiranus ubi ſup. n. 15.

25 Denique objicitur textus in d. l. 7. junct. l. antecedenti de dot. collat. ubi pater filium emancipatum hæredem inſtituit, & filium in poteſtate exiſtentem exhæredavit, quæ inofficioſi lite perlata pro parte teſtamentum evertit, & ait Papinianus fratrem non eſſe cogendum bona conferre; ſubjicit Paulus nec filia dotem conferre cogetur, & rationem adjicit, quia diverſo jure fratres ſunt hæredes, ergo inter diverſo jure ſuccedentes tam ex mente quàm ex verbis edicti collationi locus eſt, quia diverſo jure fratres ſunt hæredes, & quia emancipatus ſuccedit ea teſtamento quod ſolùm pro parte reſciſſum fuit per querelam, & ex quo adhuc competunt libertates l. cùm alius 76. de legat. 2. l. 29. de except. rei jud. docent Gilchenus in l. 9. C. hoc tit. n. 26. cum aliquibus ſequentib. Amaya d. cap. 57. n. 29. Quoad ſecundam partem non ita expedita res eſt. Altamiranus d. n. 55. pluribus ſolutionibus omiſſis, reſpondet quòd licèt regulariter filia dotem profectitiam fratribus emancipatis conferre teneatur l. 4. C. hoc tit. in præſenti tamen ideo non confert, quia diverſo jure fratres ſunt hæredes, id eſt quia ipſa ſuccedit ut filia ab inteſtato reſciſſo teſtamento pro parte per querelam; frater autem ſuccedit ex teſtamento tanquam extraneus cui conferre non poteſt ex regula textus in d. l. ult. C. comm. utriuſq. jud. ſed tunc ſic replicabis: in d. l. 6. emancipatus hæres inſtitutus, licèt adierit hæreditatem ex teſtamento, tamen poſtquam ſoror vicit in querela partem hæreditatis retinet tanquam filius; nam etſi totus exitus querelæ fere ex arbitrio judicantium penderet, veroſimile eſt ideo pro parte ſolùm reſciſſum fuiſſe teſtamentum, quia filius erat inſtitutus argum. textus in l. 19. de inoffic. ergo hoc ipſo ſentire debet emolumentum collationis dotis profectitiæ argum. textus in l. 19. de collat. bonorum, junctis quæ circa ejus explicationem dixi n. 23. verùm huic difficultati ab omnibus prætermiſſæ reſpondeo, quòd ideo filia dotem profectitiam fratri emancipato in d. l. 6. conferre non tenetur, quia cum filius emancipatus eo rationis prætextu onus collationis aufugiat, quia ut extraneus jure inſtitutionis ad hæreditatem non admittitur non jure quaſi filius deſiderat emolumentum collationis dotis profectitiæ; hoc enim ipſo contradicit ſibi, ac proinde in judicio audiendus non eſt; aliam etiam nec inſubtiliorem rationem dabimus ubi de collatione dotis diſputemus. Nec tunc obſtat textus in d. l. 17. C. hoc tit. quatenus docet reſciſſo teſtamento per querelam collationi locum eſſe, nam rejecta ſententia quorumdam quibus ſubſcribunt D. Zamora de collat. 2. part. n. 4. & Retes de inofficioſo, cap. 18. n. 2. circa finem, exiſtimantium conſtitutionem d. l. 17. jus novum in hac parte ſtatuere, & abrogare deciſionem textus in d. l. 6. §. 7. verior eſt Cujacii ad pandect. in d. l. 1. de dot. collat. circa finem, qui tenet d. l. 17. tunc procedere, cùm teſtamentum in totum evertitur per querelam, quo caſu emancipatus omnimodo ad collationem compellitur, etſi hæres inſtitutus ſit, & noviter fundavi n. 17.

Octavò & ultimò infero quod non ſolùm 26
filii emancipati tenebantur ſuis hæredibus bona conferre, cum emancipatio expediebatur per imaginarias venditiones & manumiſſiones, de quibus quos refert Retes lib. 1. opuſc. cap. 6. n. 3. ſed & tenetur conferre emancipato per ſacrum Oraculum; quod ut intelligatur, ſciendum eſt Anaſtaſium Imperatorem nova conſtitutione quæ extat in l. jubemus 5. C. de emancip. liber. veterem ritum emancipationis abrogaſſe, & ſtatuiſſe ut ex ſacro ritu emancipationis procederent, nec tamen ideo filiis emancipatis onus collationis remiſiſſe, imo alia conſtitutione quæ habetur in l. liberos 18. C. hoc tit. ex abundanti uti cenſeo declaraſſe filios ſic emancipatos perinde ad collationem urgeri ac ſi ex antiquo jure emancipati fuiſſent, quia quomodocunque ſint emancipati, ſuis hæredibus injuriam inferunt, & partem hæreditatis auferunt, circa quam rem celebris eſt nova altera ſanctio ejuſdem Imperatoris l. ſi ab eo 11. C. de legit. hæred. quæ utpote ab Interpretibus deſerta noſtram jure operam expoſcit. Cujacius in recit. ad tit. C. de legit. hæred. & lib. 18. Obſerv. cap. 18. exiſtimat eum textum partem eſſe alterius ejuſdem Cæſaris conſtitutionis qua cavit, ut fratres emancipati unà cum fratribus jure integri juris cum ejuſdem patris diminutione ad fratrum inteſtatam ſucceſſionem vocentur, perinde ac ſi legitima agnationis jura per emancipationem extincta non fuiſſent, cujus mentio occurrit in l. frater 4. C. de legit. tutela l. nec lucrum C. de curator. furioſ. l. de emancipatis 13. §. 1. & 1. l. ult. §. 1. C. de legitim. hæred. §. 5. inſt. de ſucceſ. cogn. §. ult. inſtit. de ſervil. cognat. quapropter ultimum textus verbſiculum ibi: *collationibus tamen ab his ſecundùm ea qua ſuper emancipatis ſtatuta ſunt quoties talis caſus emerſerit, utpote peracta emancipatione faciendis*; exterminandum eſſe ait, & ab emendatioribus codicibus abeſſe, quia collatio duntaat locum habet, cùm agitur de ſucceſſione paterna; inter agnatos autem tranſverſæ lineæ nullus caſus poteſt emergere quo collationi ſit locus, Cujacium ſequitur prout ſolet Dionyſius Gotthofredus in notis ad pandect. in d. l. 11.

Mihi ſanè aliud judicium eſt, ſcio quippe alio 27
tendere conſtitutionem textus in d. l. 11. C. de legitim. hæred. ut liquidò conſtabit ex ejus ſerie, ſi dum ex ſacro reſcripto expenditur emancipatio, ſpecialiter petitum ſit, ut legitima jura non extinguantur, idque Princeps indulſerit, jubet Anaſtaſius ut agnationis jura tam emancipato contra alias perſonas hoc modo ſibi conjunctas, quam aliis itidem contra eum quoad hæreditates & tutelas ſerventur intacta: Hæc au-

tem conſtitutio longè diſtat ab ea, cujus nuper meminimus; illa etenim illum caſum complectitur, quo ex ſacro reſcripto ſimpliciter procedit emancipatio, nec ſpecialiter petitum eſt, ut agnationis jura retineantur intacta, & tunc jubet ut ſic emancipatus unà cum integri juris fratribus ad legitimam fratris hæreditatem vocetur cum quadam diminutione, nec tamen retineat jura agnationis reſpectu patris aut agnatorum quos habuit ante emancipationem: at conſtitutio ad l. 11. eo caſu procedit quo jura agnationis ſpecialiter ſerventur intacta eo ipſo reſcripto per quod emancipatio expeditur, & tunc ſtatuit, ut ſic emancipatus jura agnationis retineat tam reſpectu patris, quam cæterorum agnatorum & ſimul cum fratribus non emancipatis ad legitimam fratris ſucceſſionem admittatur abſque ulla diminutione, quod profectò indicat verbum illud *intacta*, id eſt non diminuta, poſtea in verſ. *collationibus* quæritur an ſic emancipatus ad collationem compellendus ſit, ſi talis caſus emerſerit, nempe ſi cum fratribus in poteſtate retentis, parenti ſucceſſerit; ratio dubitandi in eo ſtat, quòd cùm jura ſuitatis & agnationis retineat reſpectu patris, & jure civili ad ejus hæreditatem vocetur, nullam fratribus injuriam irrogare, & per conſequens à collatione immunis eſſe videtur; ſed tamen reſpondetur quòd compellitur ad collationem; quia licèt ex vi ſpecialis reſcripti jure civili admittatur ad hæreditatem, tamen non eo minus injuriam fratribus infert, quorum peculia in paterna invenit hæreditate; & ſic quoad effectum conferendi quaſi emancipatus ſuccedere intelligitur, ſicuti ex beneficio emancipationis bona ſibi acquiſivit, non patri, nec principale reſcriptum quòd jura ſuitatis emancipato ſervavit intacta, collationem excludit; imo ſic debet interpretari, ut nullum fratribus inferat diſpendium ex generali regula textus io l. ex facto 43. de vulgar. l. 2. §. merito 10. & §. ſi quis à Principe 16. ne quid in loco publico oe inde oriatur injuriæ occaſio, unde jura natis debuerunt, ut eleganter aiunt Imperatores in l. memini 6. C. unde vi, ex quibus infertur qoòd & filii apud competentem Magiſtratum emancipati juxta novam Juliani ſanctionem quæ extat in l. ult. C. de emancip. liber. & in §. præterea 6. inſtit. quibus mod. jus patr. poteſt ſolv. ubi ad paternam ſucceſſiooem admittuntur fratribus in poteſtate retentis quibus injuriam faciunt bona ſua conferre coguntur. De illo tamen inter Interpretes non convenit; an ſcilicet noviſſimo jure ſublatum ſit noſtrum edictum de collationibus, & licèt communis opinio ſublatum jam eſſe credat, ex eo quod poſt novellam 118. cap. 1. liberi emancipati jure civili parentibus ſuccedunt, ac per conſequens eis remitti videatur conferendi neceſſitas, verius exiſtimo cum Accurſio in d. l. 18. C. hoc tit. verbo *venientem* ex Philippo Corneo in eadem l. n. 11. quibus ſubſcribere videtur ſubtilis Coſta in §. & quid ſi tantum 3. parte n. 230. adhuc hodie vigere edictum de collationibus; nam præterquam quod emancipati poſt eam novellam non ſuccedunt ut ſui hæredes, cùm indigeant aditione hæreditatis, ut obſervant doctiſſimus Vigilius in §. ſed & hæc quidem 6. inſtit. de exhæred. liber. & pluribus relatis D. Joſephus de Vela diſſert. 11. ex n. 75. injuriam fratribus ſuis hæredibus inferunt, cum bona ſibi acquiſierint beneficio emancipationis, & ad bona quæ fratres parentibus acquiſierunt, admitti deſiderent; ab autoritate probo aſſumptum tum ex d. l. 11. C. de legitim. hæred. junctis quæ dixi n. anteced. tum etiam ex novella 18. cap. 6. ubi cum contra priſci juris diſciplinam noviter ſtatuiſſet Juſtinianus ut tam ex teſtamento quàm ab inteſtato detur conferendi neceſſitas, adjicit & declarat omnia quæ prius de collationibus induxerat, in ſua virtute manere, & ipſe nova ſua conſtitutione in l. ult. C. hoc tit. quam ſequenti capite exponam, juſſit, ut emancipati non adventitia, ſed profectitia duntaxat bona fratribus ſuis hæredibus conferant: hanc ergo conſtitutionem firmam adhuc manere vult; ac per conſeqoens etiam, inſpecto jure noviſſimo, emancipatus qui ſuis hæredibus irrogat injuriam; onus collationis ſubire cogendus erit. Et hæc de hoc capite.

CAPUT II.

In quo quæ bona, & quam eorum partem emancipatus ex edicto Prætoris ſuis hæredibus conferat, diſceptatur.

1 HAETENUS edicti noſtri ratione ducti quando, & inter quas perſonas ex edicto Prætoris collatio locum habeat oſtendimus, ſequitur nobilior & jucundior ſanè noſtræ tractationis pars, quæ ſcilicet bona quamqoe eorum partem emancipati ſuis hæredibus quibus injuriam irrogant, conferre teneantur: Et quidem ex eadem edicti noſtri ratione ſequentem regulam generalem ſtatuo. Emancipati ea bona quæ ſi fuiſſent in poteſtate, parentibus acquiſiiſſent; & eis mortuis cum fratribus communia forent, conferre tenentur; ea verò quæ tametſi in ſacris paternis extitiſſent, ſibi poſt parentum obitum præcipua retinuiſſent, non tenentur conferre. Hujus regulæ quæ colligitur ex l. 2. §. ſi duo 7. de collat. bonor. ratio ex eo provenit quod cum edicti de collationibus ſcopus ille ſit ut incommodom ſuis hæredibus illatum per emancipati concurſum reſarciat; non aliter cùm Prætor aſſequi potuit; quàm ſi media reſciſione emancipationis ad conceptum filiorumfamilias emancipatos redigeret, & ſic ea quæ ſi fuiſſent in poteſtate, parentibus acquiſiiſſent; in medium conferri, & paternis bonis adjici juberet; ut non amplius juſtè ſui hæredes querantur ad peculia propria induſtriâ aut proſperâ fortunâ parta in paterna hæreditate exiſtentia; emancipatos admitti, cùm & partem eorum, quæ licèt in poteſtate fuiſſent, ſibi poſt mortem parentum retinuiſſent, non eſſe collationi obnoxia Prætor edixit, nec ea res ſuos hæredes offendit, qui etiam hujuſmodi bona, mortuis parentibus,

retinent, nec fratribus communicare tenentur, unde fluit quod regulariter emancipati quidquid vivis parentibus acquirunt, & tempore paternæ mortis in bonis habent, conferunt l. 2. C. ſi ut omn. hæred. l. ea demum 6. C. hoc tit. quæ verò poſt mortem acquiſierunt immunia ſunt ab onere collationis l. neque emancipati 15. eod. tit. nam ſi fuiſſent in poteſtate, certè quidquid vivis parentibus quæſiiſſent, eis acquiſiiſſent, & poſt eorum mortem in diviſione hæreditatis ad communionem revocantur d. l. 29. de acquir. hæred. quæ autem poſt obitum parentum acquiſiiſſent, ſibi præcipua retinerent l. dotem 6. de collat. bonor. l. ſi donatione 13. in prin. C. hoc noſt. tit.

2 Ex qua doctrina venit intelligendus textus in l. 2. §. id quoque 3. de collat. bonor. ubi id quod ex cauſa ſtipulationis emancipato debetur ſub conditione quæ extitit per mortem patris, confertur; legatum autem cujus conditio adhuc pendet tempore paternæ mortis non venit in collationem, cujus differentiæ ratio pendet ex diverſa natura ſtipulationis & legati, ſtipulatio etſi ſit conditionalis ex præſenti vires accipit l. uſusfructus 26. de ſtipul. ſervor. & ſtipulator ex proprio contrahendi facto ſtatim acquirit ſpem debitum iri exiſtente conditione, qua de cauſa etiam pendente conditione creditor dicitur l. in fraudem 27. qui & à quibus l. is cui 42. de oblig. & action. l. creditores 10. l. conditionales 54. de verb. ſignif. Oſſuald. ad Donell. lib. 9. comment. cap. 6. litt. G. & ſpem conditionalis ſtipulationis ad hæredem tranſmittit l. in quantitate 73. §. 1. ad leg. falcid. §. ex conditionali 6. inſtit. de verb. oblig. D. Retes 7. opuſc. cap. 5. n. 29. legatum autem non ex præſenti, ſed ex ceſſionis tempore vires accipit l. cum ita 16. §. 1. quando dies leg. ced. quia in eo ſolum vertitur voluntas & affectio teſtatoris erga legatarium l. nec adjicit 9. pro ſocio, qui cum nullum factum adhibeat pendente conditione, nec ſpem quidem in bonis habet, nec creditor dici poteſt dict. l. 42. de oblig. & act. d. l. 27. qui & à quibus, nec quidquam ad hæredem tranſmittit l. ſi poſt diem 5. §. ſub conditione 2. quando dies leg. ced. l. un. §. ſi autem 2. l. de caducis toll. ergo rectè ſtat quod emancipatus ſpem conditionalis ſtipolationis quam in bonis habet tempore mortis patris conferat, ſpem autem legati conditionalis quam nondum acquiſivit, non conferat; accedit & alia ratio ex iiſdem principiis deſumpta, quam aufert Paulus in d. l. 2. . 3. emancipatus e aſolùm confert, quæ ſi fuiſſet in poteſtate patri acquiſiiſſet, ſed ſi fuiſſet in poteſtate ſpem conditionalis ſtipulationis confeſtim ex tempore contractus patri acquiſiiſſet, ita ut nunquam eo nomine ipſe actionem habere poſſet l. ſi filiusfamilias 28. de verb. oblig. l. ult. de ſtipul. ſerv. l. quæ legata 18. de reg. jur. pro cujus vèra intelligentia videndus Goffredus in d. l. 2. §. emancipatus 4. de collat. bonor. n. 1. cum duobus ſeqq. legati autem conditionalis ſpem patri non quæſiiſſet, imo legatum exiſtente poſt mortem patris conditione, ſibi acquiſiiſſet, l. ſi legati 28. de pignor. d. l. 5. §. ult. quando dies leg. l. 3. ut legat. num. cav. d. l. 18. de reg. jur. l. ſi uxorem 9. C. de condit. inſert. l. nec ſemel 12. §. 1. l. ſi uſusfructus 14. §. ult. quando dies legat. ced. ergo meritò confert ſtipulationem cujus conditio per mortem patris advenit, non autem legatum, cujus conditio extitit poſt mortem patris. Docent Cujacius lib. 41. Pauli ad edict. in l. 2. §. 3. de collat. bon. & Goffred. ad l. 5. §. qui mortis 12. de his quæ ut indign. auſer. n. 25.

Legatum itaque conditionale ita demum con- 3
fert emancipatus, ſi conditio extiterit vivo patre, non ſi poſt ejus mortem, quapropter legatum ſibi relictum *cum pater morietur* confert l. 1. §. ſi emancipato 18. de collat. bon. quia conditio illa extitit moriente patre l. ab omnibus 104. §. cum quidem 6. de legat. 1. l. ſi ita legatum 103. de condit. & demonſt. ultimo ſcilicet vitæ inſtanti quod non morti, ſed vitæ tribuitur l. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam. Gellius lib. 6. noctium Attic. cap. 13. & lib. 2. cap. 21. Divus Auguſtinus lib. 13. de civitate Dei cap. 9. Coſta 1. ſelect. cap. 14. Cujac. 3. obſerv. cap. 34. ſed acriter opponitur textus in d. l. 1. §. ſi ab ipſo 19. de collat. bonor. ubi ſi ab ipſo patre hærede inſtituto filio relictum fuerit fideicommiſſum cum pater morietur, dicitur quod tenetur conferre emolumentum fideicommiſſi, quia moriente patre ejus non fuiſſet, omiſſis pluribus ſolutionibus, in quibus refellendis de more tempus terere non decrevi, anteceſſor quidam & magiſter meus diſertiſſimus jam Regius Senator (quem quia non ſequar gratitudinis gratia non nomino) exiſtimabat ſolutionem petendam eſſe ex notiſſima differentia quæ datur inter legatum vindicationis, ex quo dominium rei legatæ poteſtate legis ſtatim tranſit in legatarium non facto hæredis l. legatum 80. de legat. 20. & fideicommiſſum ex quo ante traditionem nullùm poſt traditionem non quiritarium, ſed bonitariùm dominium acquiritur fideicommiſſario l. 3. ſi uſusfr. pet. l. ſi quis 29. de uſufr. legato l. facta 63. ad Trebell. Anton. Faber 2. conjectur. cap. 4. Schifordeger. ad Fabr. lib. 3. tract. 24. quæſt. 1. noſter D. Joannes Suarez de Mendoza ad leg. aquil. lib. 1. cap. 5. ſect. 2. ex n. 23. quare legatum relictum filio emancipato *cùm pater morietur*, confertur, quia ejus acquiſitio utpote dimanans ex poteſtate legis ultimo vitæ inſtanti, & ſic vivo patre peragitur; fideicommiſſum autem ſub ea conditione relictum non confertur, quia ejus acquiſitio traditionem & factum hæredis deſiderat, nec ultimo vitæ momento perficitur, ſed demum poſt mortem hæredis inſtituti conſummatur. Quam interpretationem mirificè confirmari putat ex ultimis textus verbis ibi: *quod moriente eo, ejus non fuiſſet*. Hæc ſolutio ne aliquem tanti viri decipiat autoritas divinatoria & falſa, divinatoria quia textus de legato ſimpliciter loquitur, & commodè poteſt exaudiri etiam de legato per damnationem relicto, quod ſimile eſt fideicommiſſo quoad cauſam tranſlationis dominii quæ exigit præcisè traditionem hæredis l. hujuſmodi 84. § ædes 4. l. legatum 116. . ult. de legat. 1. falſa, quia ſolùm probat quod emancipatus ultimo inſtanti mortis paternæ non acquiſivit dominium rei per fideicommiſſum relictæ, non tamen evincit quod non quæſivit extraordinariam perſecutionem quæ ex inſtanti quo dies fideicommiſſi ceſſit competit fideicommiſſario; Ulpianus in fragm. tit. 25. §. fideicommiſſa 11. l. pecuniæ 178. §. 1. de verb. ſignif. Donel. 7. comment. cap. 23. ubi Oſſuald. litt. C. Galva-

nùs de uſufr. cap. 4. ergo cum fideicommiſſum ceſſerit vivo patre ultimo nimirum vitæ momento obnoxium debet eſſe collationi, neque enim ea ſolùm quorum dominium vivente patre adquiſivit emancipatus confert, ſed & actionem ſi quas habet in bonis tempore quo pater fati munus implevit l. 1. §. ſi impuberi 21. l. 2. §. emancipatus 4. de collat. bonor.

4 Quapropter primò reſponderi poteſt ex ſententia Accurſii & Bartholi in d. §. 19. & Goffredi in d. l. 1. §. ex dodrante 3. n. 20. illum textum accipiendum eſſe de fideicommiſſo à patre hærede inſtituto, relicto filio in poteſtate exiſtente cum ipſe pater morietur, quod perinde habetur ac ſi poſt mortem patris relictum fuiſſet l. 11. §. ſi filio 10. de leg. 3. l. 16. de auro & argento leg. non quia non admiſſa hujuſmodi interpretatione inutile eſſet ut falsò nuper relati Interpretes cenſuerunt, quia licèt à patre hærede inſtituto filiofamilias inutiliter legatum aut fideicommiſſum relinquatur l. à filio 15. l. quæſitum 91. de legat. 10. l. cum legato 17. quando dies leg. ced. §. an ſervo 32. inſtit. de legatis ex ratione quam latè tradunt Donellus 8. comment. cap. 7. ubi Oſſuald. litt. D. Goveanus in l. in ratione 30. §. penult. ad leg. falcid. Benedict. Pinellus 2. ſelect. cap. 3. Cujacius lib. 10. quæſt. Pauli in l. debitor 82. §. ſervo 2. de legat. 2. Cheſius 2. interpret. cap. 16. Amaya 10. obſervat. cap. 14. n. 14. quidquid ſibi velit Oroz. lib. 1. de apicibus cap. 2. n. 2. & latiùs cap. 6. ſub conditione tamen rectè relinquitur, & exitum ſortietur ſi exiſtentiæ conditionis tempore filius ſui juris factus reperiatur d. §. 32. verſ. ſub conditione inſtit. de legatis, fideicommiſſum autem ipſo patre hærede inſtituto relictum filiofamilias cùm pater morietur, conditionalis eſt l. 1. §. 1. de legat. 2. l. 79. §. 1. de condit. & demonſt. l. 4. in prin. l. 13. in fine eod. & abſque ulla interpretatione ab initio conſiſtit & effectum habere poteſt ſi ante exiſtentiam conditionis, id eſt ante mortem patris filius ſui juris factus ſit, ſicuti ex eodem modo conſiſtit legatum ſub eadem conditione relictum, ſed potius, quia evenire facilè poſſit, ut filius ante mortem patris ſui juris non fiat, ex benignitate, quæ neglecta verborum ſubtilitate prævalet in fideicommiſſis, in quibus mentem duntaxat & voluntatem relinquentis intuemur l. 64. de legat. 20. ut hoc etiam caſu valeat fideicommiſſum poſt patris mortem relictum intelligitur, nec ex eo vitiatur cùm ad differentiam legati poſſit poſt mortem hæredis relinqui l. ult. l. ſi fundum 92. §. ult. de legat. 1. l. ſi fuerit 5. §. 2. de legat. 3. §. poſt mortem 35 inſtit. de legatis textus alias difficilis in l. 76. ad Trebellian. quem ſic intelligit illuſt. Francorum Comes D. Ramoſa in M. S. ad tit. de vulgar. & pupil. ſubſtit. ad rubric. & l. 1. n. 19. cum ſeqq. hoc ergo fideicommiſſum cùm adquiratur poſt mortem patris, non confertur, ſed à filio præcipuum retinetur, quod autem de fideicommiſſo filiofamilias relicto textus loquatur, mihi ex eo non probatur quod Ulpianus ut diſputet de collatione ſignanter advertit utile eſſe fideicommiſſum, quòd ſi de emancipato loqueretur, fruſtrà id moneret; quis enim unquam dubitavit à patre hærede inſtituto filio emancipato poſſe relinqui fideicommiſſum cùm pater morietur, cùm eſt poſſe purè relinqui: Nec tunc obſtat vulgaris inſtantia ex eo quod cùm ſui non conferant neceſſariò textus de emancipato procedit, & quod impropriè conferunt peculia quæ parentibus quæſierunt, ut dixi ſuperiori capite n. 8. ſic intelligendus textus in d. l. 32. §. 2. de fideicom. libert. & in l. 22. C. hoc tit. Reſpondeo ex ſententia Cujacii lib. 2. obſerv. cap. 35. quem ſequitur Vinnius de collat. cap. 14. n. ult. quod cùm fideicommiſſa ex mera voluntate defuncti conſiſterent, & etiam olim poſt mortem hæredis utiliter relinquerentur, ut jam diximus, nihil intererat, an cum morietur hæres, an poſt ejus mortem relictum eſſet, cum utroque caſu non ab hærede præſtandum eſſet, & ſic fideicommiſſum emancipato relictum interpretatur, & quia poſt mortem patris cedit, à collatione ſubducitur.

Ex eadem ratione legatum aut fideicommiſſum emancipato relictum poſt mortem patris (de eo caſu loquor quo pater non fuit hæres ſcriptus, aliàs legatum inutile eſſet d. §. 35. inſtit. de legat.) non confertur, quia poſt mortem fratris adquiritur, prout ei adquireretur, etſi tempore relicti legati fuiſſet in patris poteſtate l. 3. §. ſi quid 7. de minorib. l. ſi poſt mortem 68. in prin. de legat. 1. ad quam partem neceſſariò referendus eſt textus in l. Paulus reſpondit pen. de collat. bonor. ubi aſſeritur quod ea quæ poſt mortem patris filio reddi debuerunt, emancipatus filius, quamvis prius ſit quam deberentur fratri ſuo hæredi, non cogitur conferre, quia poſt mortem patris non tam ex donatione quam ex cauſa debiti poſſidere videtur: Quæ deciſio quominus cum Cujacio lib. 11. reſponſ. Pauli accipiatur de his quæ emancipatus ſtipulatus fuit, poſt mortem patris ſibi dari, illud facit quod ſcribit Paulus, ea quæ poſt mortem fratris filio reddi debuerunt, ante mortem patris non deberi; ergo non loquitur de his quæ debentur filiis ex cauſa ſtipulationis: conſequentiam ſic probo; dies incertus omnimodò exiturus, qualis eſt dies mortis unius ex contrahentibus vel alicujus tertii, ſolùm facit neceſſariam conditionem, quæ contractus non reddit conditionales, neque facit quominus præſens ſit obligatio, ſed ſolùm ad inſtar certi diei executionem remoratur l. nam ſi 17. cum l. ſeq. l. Julianus 60. de condit. indeb. l. neceſſariò 8. de pericul. & comm. rei vend. l. ſi pupillus 9. §. 1. de novation. Donell. 8. comment. cap. 31. & lib. 16. cap. 11. & contra noſtros primarios Gomezium Coſtam & D. Retes latè fundavi in Accadem. de die certo cap. 3. ex n. 1. ergo cum textus aſſerat ante mortem patris non naſci obligationem, non loquitur de his quæ filio debentur ex contractu: Rurſus ſi Paulus de his quæ filio debentur ex ſtipulatione poſt mortem patris, ubi faceret contra juris rationem diceret, quod ea ante mortem tradita filius interim poſſidet ex cauſa donationis, quippe ejus quod in diem certum, vel quod idem eſt, in incertum omnimodo exiturum debetur, ante diem conſulto dati donatio non eſt, ut ex l. 34. §. quod vir 6. de donat. inter vir. & ex l. 10. de condit. indeb. junctis l. hoc jure 19. §. ſi quis ſervus 4. de donat. & l. cujus per errorem 53. de reg. jur. oſtendi ubi ſupra cap. 1. n. 5. & 7. melius itaque Goffredus Paulum accipit de legatis, aut 5

fideicommiſſis emancipato relictis poſt mortem patris, quæ verè conditionalia ſunt, cùm fieri poſſit ut non euntibus ordine factis filius ante pattem decedat, & ante mortem parris non cedant, aut debeantur, cum non antea conditio exiſtat d. l. 104. de legat. 1. d. l. 29. §. 1. de condit. & demonſt. Donell. d. lib. 8. cap. 31. etſi ante exiſtentiam conditionis ſolvantur, dominium interim ex cauſa donationis adquiritur legatario. textus ſic intelligendus in l. poſt mortem 12. C. de fideicom. junctis quæ ſubtiliter diſputat Goffredos in l. uxorem 41. §. ſeium 12. de legat. 3. ex n. 36. exiſtente autem conditione, ſcilicet poſt mortem patris ex cauſa debiti poſſidentur à legatis ex regula textus in l. ſubconditione 16. de ſolution. ac per conſequens utpote adquiſita per mortem patris oon veniunt in collationem.

6 Ex quibus intelligendus eſt, qui ad eandem juris partem ſpectat, difficilis textus in d. l. 1. §. ſi impuberi 21. de collat. bonor. ubi ſi impubes adrogatus à patre adrogatore ſine cauſa emancipatus patri naturali ſucceſſerit, quæritur an quarta quæ ei debetur ex bonis adrogatoris ex reſcripto divi Pii, l. ſi adrogator. 22. §. 1. de adopt. l. Papinianus 8. §. ſi quis 15. de inoffic. l. ult. ſi quid in fraud. patr. §. cum autem 3. inſtit. de adopt. conferre teneatur; & ut hanc quæſtionem decidat Ulpianus, aliam ſubjongit, urtum ſcilicet quartam ad hæredem tranſmittere poſſit; nam ex eo dignoſcitur an ſit in bonis filii tempore mortis patris naturalis, quidquid enim poteſt tranſmitti jam in bonis eſt; & reſpondet quod quartam ad hæredem poteſt conferre, quia perſonalis actio eſt, quibus verbis, prout optimè expoſuit Cujacius Paulus lib. 1. ſentent. tit. 13. de judicato §. ult. elegans diſcrimen conſtituit inter hæreditatem alicui delatam, & quartam debitam impuberi, hæreditas nondum adita, quia in bonis non eſt l. pretia rerum 63. ad leg. Falcid. ad hæredem tranſmitti non poteſt l. unica §. in noviſſimo 5. verſ. hæreditatem C. de caducis toll. cum vulg. Anton. Gomez. 1. var. cap. 9. per tot. Vela diſſert. 11. fere per tot. Quapropter emancipatus ab extraneo hæres inſtitutus hæreditatem nondum aditam tempore paternæ mortis non confert, ut cum judicio admonuit Goffredus in d. l. 1. §. ſi is qui bona 22. de collat. bon. quia eam nondum in bonis habuit, ſed poſt mortem patris per aditionem adquiſivit, & quia tametſi in poteſtate fuiſſet, hæreditatem nondum aditam tempore mortis parris ſecuta aditione ſibi adquireret ex regula textus in l. hæres 14. l. Antiſtius 62. §. 1. ſervus autem verſ. alienus de hæred. inſtituend. expreſſius textus in l. hæres 54. de adquir. hæred. quæ dum aſſerit quod hæres quandocunque adierit hæreditatem ex tempore mortis defuncto ſucceſſivè intelligitur, non ita eſt intelligenda, ut retro ex tempore mortis rerum hæreditariarum Dominus fuiſſe credatur; nam verius eſt ſolum ex tempore aditionis Dominum eſſe, ante aditionem verò nec verè nec fictè Dominum intelligi, ut præter nova fundamenta, quibus ingenioſè utitur Goffredus in l. ſervus hæreditarius 52. de hæred. inſtit. n. 31. cum ſeqq. mihi probat elegans textus in l. mulier 20. §. 1. de condit. inſtit. junct. l. 3. cum ſimilibus ad manum vind. ſed potius accipienda eſt juxta interpretationem Goffredi ubi nuper n. 49. qui eodem ſenſu intelligit l. ſi ex re 28. §. ult. de ſtipul. ſervor. quam eleganter exornat illuſt. Ramoza lib. 1. ad leg. Jul. & Papiam cap. 22. n. 5. quin imo licèt rertocederetur Dominus à morte teſtatoris, non eo magis emancipatus confert hæreditatem quam poſt mortem patris adivit, cum etſi fuiſſet in poteſtate eam ſibi adquiſiiſſet, non patri ex defectu habilitatis in patre jam mortuo tempore quo fit rettotractio, at quarta debetur impuberi tanquam æs alienum d. l. 8. §. 15. de inoff. teſtam. & ad ejus perſecutionem ſtatim adquiritur actio perſonalis, nimirum conditio ex lege ex regula textus in l. 1. de condict. ex leg. quæ etiam ante litem conteſtatam ad hæredem transfertur ad inſtar cæterarum actionum perſonalium, quæ rei perſecutionem continent l. ult. C. de hæred. vel act. vend. unde infert Ulpianus quod cum qoartæ actio ad hæredem poſſit tranſmitti, & in bonis filii fuerit vivo patre, venit in collationem.

Sed tunc ſic argues ea ſolùm confert emancipatus, quæ ſi fuiſſet in poteſtare, patri adqui- 7
ſiiſſet, ſed ſi in poteſtate fuiſſet, quartam patri adquirere non potuiſſet; implicaret etenim ut exiſtens in poteſtate patris natoralis eſſet ſimul in adrogatoris poteſtate, ut peſpicuum eſt; ergo non tenetur quartam conferre: Benedictus Pinel. qui ſubtilem hanc difficultatem excitavit lib. 2. ſelect. cap. 9. ex n. 30. reſpondet quod emancipatus ea omnia confert, quæ ſi in poteſtate adquirere potuiſſet, patri adquiſiiſſet; ſed ſi poſſibilis eſſet adquiſitio quartæ in poteſtate patris naturalis, ei adquireretur; ergo quartam conferre tenetur, quia accidentalis repugnantia non debet prodeſſe emancipato in invidiam ſuorum: verùm poſt longum examen velius reſponderi exiſtimo, poſſe ideo quartam conferri, quia ſi filius fuiſſet in poteſtate patris naturalis, quartam ei adquiſiiſſet; nam cum quarta non debeatur ante diem mortis adrogatoris, nequidem in ſpe exemplo legati conditionalis, ut ſtatim fundabo, nihil prohibet eo tempore quo adquiritur actio ad petendam quartam, ſcilicet poſt mortem adrogatoris filium fuiſſe in poteſtate patris naturalis ab eo forſan adoptatum, & in l. qui liberatus 12. l. 41. de adopt. l. filio 23. de lib. & poſthum. l. 8 §. ſi quis 7. de bon. poſſeſſ. cont. tab. conſtat autem quod ſi ejus in poteſtate fuiſſet, neceſſariò actionem ad quartæ perſecutionem ei adquiſiiſſet, quàm etſi verum ſit quod ſi adrogatus non fuiſſet, quartam adquirere non potuiſſet; tamen cum ad collationem tempus adquiſitionis inſpiciatur d. l. 1. §. 3. de collat. bon. & eo inſpecto potuerit filius in poteſtate patris naturalis exiſtere, & in ea exiſtens debuerit actionem patri adquirere, juxta generalem regulam quartæ actionem conferre tenetur, quia ſi fuiſſet in poteſtate, eam patri adquiſiiſſet: Si quæras num quarta debita impuberi exhæredato ab adrogatore ſit inferenda; reſpondeo quod regulariter non poteſt conferri, quia prius eſt ut filius admittatur ad bona patris naturalis quàm ut de collatione quæratur; impubes autem ab adrogatore exhæredatus, licèt ejus morte ſecuta ſui juris fiat, cùm tamen adhuc maneat in ejus familia, nec per contra tabulas, nec per unde liberi bonorum poſſeſſionem admittitur ad bona patris naturalis l. otrum 9. de bon.

bon. poſſeſſ. cont. tab. §. at hi 10. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferuntur; ſi replices quod admittitur per unde cognati l. 1. §. cognationem 4. unde cognati §. admonendum 13. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. §. liberi 3. inſtit. de ſucceſſ. cogn. ergo & conferre tenetur ex his quæ dixi anteced. cap. n. 21. Reſpondeo quod emancipatus admiſſus per bonorum poſſeſſionem unde cognati, tum demum confert cùm concurrit cum ſuis hæredibus; at in præſenti, ut conſtat ex dictis juribus ita admittitur, ſi nec ſint ſui hæredes, nec agnatus ullus interveniat, quo caſu ceſſat collatio, cum nullus ſit ſuus hæres cui fieri poſſit: Cautè ergo Ulpianus diſputans de quartæ collatione illum caſum exagitat, quo impubes ſine juſta cauſa ſit emancipatus, quia tunc ſimul cum ſuis hæredibus admittitur ad bona patris naturalis cum onere collationis, & alterum omittit quo ſit exhæredatus, quia tunc cum ſuis hæredibus non poteſt concurrere, niſi forſan à patre naturali hæres inſtitutus commiſſo edicto per fratrem præteritum majorem partem hæreditatis, quam meruit ex judicio patris conſequatur, tunc urgebitur ad collationem, ut diximus ſuperiori cap. n. 18. & quartam etiam confert, quia ſic hic caſus eſt parum frequens, frequentiorem aſſumpſit, cùm ſcilicet ab adrogatore ſine juſta cauſa ſuit emancipatus.

8 Progreditur Ulpianus in d. §. 21. & quod dixerat quartam conferendam eſſe, ita demum procedere ait ſi nata jam ſit ejus petitio tempore mortis patris naturalis; cæterùm ſi adhuc vivat adrogator, cautionem quoque ceſſare, præmatura enim eſt ſpes collationis eum adhuc vivat is de cujus bonis quarta debetur. Hanc ultimam textus partem cum intelligere non poſſit Anton. Faber in juriſprudentia tit. de adopt. prin. illat. 10. fere per tot. miſero de more imputat Triboniano; exiſtimat enim quod impubes ſine juſta cauſa emancipatus adhuc vivo adrogatore qui eum emancipavit, de quarta conferenda cavere tenetur, quia in bonis eam habet, & ad hæredem poteſt transferre, licèt ante adrogationem decedat, quod & ante Fabrum tenuerunt Oldrad. conſil. 224. n. 31. Acolinus relatus à Cyno in l. 2. in prin. C. de adopt. & alii Antiqui quos refert Coſta in l. qui duos 9. §. cum in bello de rebus dub. verbo *poſtea mortui*, n. 2. & 3. ex eo quod impuberi ſine cauſa emancipato quarta debetur in diem incertum mortis adrogatoris, ſed dies incertus mortis utpote omnimodo extiturus, non differt obligationem ſed petitionem ut dixi n. 5. ergo iſto juris vinculo quarta ſtatim debetur ex tempore emancipationis, ut oſtendunt illa verba textus in d. l. 2. C. de adopt. ibi: *ita ut bonorum ſuorum quarta pars tam in poſtremo judicio, quàm ſi à te emancipatus fuerit, ei præbeatur*; & ſolum ejus exactio differtur uſquedum emoriatur adrogator, ac per conſequens cum adhuc vivo adrogatore quartæ actio ſit in bonis emancipati, conferri debebit. Rurſus etſi dies incertus mortis adrogatoris rigoroſam conditionem induceret, ſpes tamen obligationis conditionalis ad hæredem transmitteretur in caſum exiſtentis conditionis per mortem adrogatoris ex d. §. 6. inſtit. de verb. oblig. ac proinde debet conferri ex d. l. 2. §. 3. de collat. bonor. Rurſus licèt improbus dicatur qui ſollicitus eſt de hæreditate viventis l. 2. §. interdum de vulg. cum aliis, improbus tamen non eſt qui ſollicitus eſt de eo quod poſt mortem tertii debetur; ergo cum emancipatus etiam vivente patre adrogatore actionem in bonis habeat ad quartæ perſecutionem, & eam ad hæredes poſſit transferre, non rectè præmatura dicitur collationis ſpes etſi ſuperſtes ſit adrogator: Denique adjicit Faber nec ullo alio caſu poſſe verificari quod de conferenda quarta cavere teneatur, niſi ſuperſtite adrogatore; nam eo jam mortuo tempore quo pater naturalis deceſſit, impubes aut quartam habet, aut actionem ad ejus perſecutionem; ſi habet quartam jam ſolutam ab hæredibus adrogatoris eam conferre debet, ſi actionem, ipſam etiam conferret, actionum etenim fit collatio ſicuti & cæterorum bonorum d. l. 2. §. 4. de collat. bonor. junct. l. bonorum 49. in fin. de verb. ſignif. cumque actionem vel quartam poſſit conferre, ſupervacua cautiooe onerandus non eſt l. 44. §. 1. ut legat. imo nec audiendus erit, ſi cum deberet conferre, ſatisdationem auferat l. 10. de pign. act. l. 6. §. 1. quibus modis pign. ſolv. ergò concludit; nullus alius caſus poteſt ſupereſſe quo de quarta conferenda cavere teneatur, niſi cum adhuc vivit adrogator; tunc enim cum nec quartam, nec actionem habeat, ſed ſpem certam debitum iri mortuo adrogatore, ſpes quartæ inducit ſpem collationis, & ſpes collationis neceſſitatem cautionis argum. text. in l. 1. §. ſi ſub conditione 7. de dot. collat.

9 Sed adhuc tanquam vera & ſubtilis defendenda, & à calumniis Fabri liberanda eſt Ulpiani deciſio partim ex doctrina Goffredi in d. textu & in d. l. 2. §. 3. de collat. bonor. & Emanuelis Coſtæ in d. §. cum in bello, verbo poſtea mortui n. 3. & 4. partim ex proprio labore, ut qui eorum ſcripta cum noſtris contulerit comperiet; pro conſtanti itaque tenendum eſt quod ſi cum moritur pater naturalis, adhuc ſuperſtes ſit adrogator, impubes ſine cauſa emancipatus, nec quartam conferre, nec cauſa conferendæ cavere tenetur, quia nec quartam, nec actionem in bonis habet, nec ſi ante adrogatorem deceſſerit; quidquam ad hæredem transfert; quarta etenim ei debetur non ex tempore emancipationis, ſed ex die mortis adrogatoris; qui non ſtatim ac emancipavit quartam dare; ſed relinquere teſtamento jubetur, ut conſtat ex d. l. 22. in prin. de adopt. l. 2. §. 1. famil. erciſcund. ex quibus explicandus eſt textus in d. l. 2. C. de adopt. & probat verbum *relinquere* apud Juſtinianum in d. §. 3. inſtit. de adopt. quod proprium eſt ultimarum voluntatum l. 1. §. ult. de tab. exhibend. Cujac. lib. 19. quæſt. Papin. in l. unum ex familia 67. in prin. de legat. 2. & licèt dies mortis adrogatoris omnino extiturus ſit, ignoratur tamen an ſit extiturus vivo impubere, ſed dies incertus, qui an vivo eo cui ex teſtamento debendum eſt; extiturus ſit, ignoratur, propriam conditionem inducit d. l. 29. §. 1. de condit. & demonſt. ergo quarta debetur ſub conditione ſi morietur adrogator, & ea pendente conferenda non eſt ad inſtar legati conditionalis: accedit quod adrogator quartam relinquere jubetur, nec aliter competit impuberi condictio ex lege, quàm ſi quarta relicta non ſit, ſi verò relicta ſit, competit actio ex teſtamento argum. textus in l. 3. §. ſi debita 15. cum ſeq. de bon. libert. l. ſi quis libertatem 13. de ſtat. lib. ſed præmortuo impuberi, etſi maximè velit adrogator

quattam relinquere tuun poteſt; ergo impubere præmortuo eximitur ab ottere relinquendæ quartæ, & ceſſat conditio ex lege, ex quibus rectè aſſerit Ulpianus quod vivu adhue adrogature tempore mortis patris naturalis præmatura eſt collationis ſpes, eum poſſit evenite ut turbatu mortalitatis ordine prius adrogator decedat, & nihil ad hæredem transferat; at jam mortuu adrogatore ex nata quartæ petitiune cogitur impubes de quarta conferenda cautiunem præſtare ex regula textus in l. 1. §. jubet 9. & §. quivis 11. de collat. bonor. ut ſequenti capite dicemos, ubi oltimum Fabri ſundamentum diluemus.

10 Ex eadem doctrina capiendus eſt textus in d. l. 1. §. ſi quis bona 22. de collat. bonor. ubi emancipatus ad patris bonurum poſſeſſionem admiſſus peculium caſtrenſe ſoi filüfamilias adhue ſuperſtitis nec eogitur conferre, quia non ſuum, ſed filü eſt l. 2. ad Macedon. nec de co conferendu cavere; præmatura enim eſſet collatiunis ſpes, cum fieri naturaliter poſſit, prour eſt parentum commone vutum ut priuſquam pater decedat, & nihil ad hæredes tranſmittat; cæterum ſi tempore mortis patris eujus bonorum poſſeſſio agnoſcitur jam deceſſerat filiosfamilias qui caſtrenſe peculium habuit, emancipatus peculium, quod mutatione facta per me, caſtrenſe eſſe deſiit l. procuratores 90. §. 1. de acquir. hæred. conferre tenetur, etſi illud nondum agnuverit tempore paternæ mortis non enim nunc acquiritur, ſed non admittitur, id eſt ipſo jure quæritur abſque cognitione l. 2. de caſtrenſ. peculio, & ad hæredem poteſt transferri, explicat Coſta in §. cum in bellu, verbo *poſtea mortui* n. 4. unde non ineleganter quæritur, an emancipatus peculium caſtrenſe filii ſui mortui poſt murtem cujus bonorum poſſeſſiunem agnoſcit conferre cogatur? Cujacius ad pandect. in d. §. 22. exiſtimat eo caſu peculium conferendum eſſe, quia cum retro emancipatus fuiſſe credatur l. ſervum filii 44. de leg. l. qui res 98. §. rem 3. de ſolut. l. proponebatur 9. de caſtrenſi peculiio ex poſt facto apparet in ejus bonis fuiſſe, cum pater deceſſit, poterat etiam ſuam originem fulcire ex d. l. 1. §. qui ab hoſtibus 17. de collat. bonor. ubi emancipatus ab hoſtibus captus qui poſt mortem patris rediit, licèt moriente patre revera nihil in bonis habuerit, ea umnia quæ media poſtliminii factione creditur in bonis tempore paternæ mortis habere confert, ergo & peculium filii ſui poſt patrem mortui, quod poſtlimii cujuſdam ſimilitudine retro in bonis habuiſſe cenſetur, ut loquitur Tryphoninus in l. de hæreditate 19. §. pater 3. de caſtrenſ. peeul. conferri debebit, ſed verius eſt ex mea ſententia in propoſito pecolium conferendum non eſſe, etſi in bonis retru fuiſſe credantur, quia ea demum confert emancipatus, quæ ſi fuiſſet in poteſtate, patri acquiſita fuiſſent, peculium autem caſtrenſe filii ſui patri prius mortuo quæri non potuiſſet, etſi fuiſſet in poteſtate, utpote ceſſante fictione retrotractiva ex defectu capacitatis ex parte patris jam mortui, cum inducitur retrotractio: Confirmatur hæc doctrina tum ex dictis n. 6. tum exemplu legati conditiunalis per vindicationem relicti, quia exiſtente quandocunque conditione retro acquiſitum intelligitur l. is cui via 11. §. 1. quemad. ſervus amitt. l. ſervo 59. §. 1. de leg. 1. Valeotia 3. illuſt. tract. 6. cap. 2. n. 12. & tamen exiſtente poſt murtem patris conditione non confertur ab emancipato d. l. 2. §. 3. de collat. bonor. quia etſi fuiſſet in poteſtate, non patri jam mortuo, erga quem nihil operatur retrotractio, ſed ſibi legatum acquiſiiſſet; ergo idem dicendum eſt de peculiu caſtrenſi poſt murtem patris adquiſito, quud licet retro emancipati fuiſſe credatur, conferendum tamen non eſt, quia etſi fuiſſet in poteſtate ad patrem prius mortuum ſpectare non potuiſſet; nec obſtat paritas deducta ex d. §. 17. ubi ideo emancipatus qui poſt murtem patris ab hoſtibus rediit, cunferr bona, quæ ſi captus non fuiſſet tempore paternæ mortis habuiſſet, quia ſi in poteſtate manſiſſet ea patri acquiſiiſſet, quin poſtlimii fictiune upus eſſet, cum pater retineat dominium eorum, quæ per filiumfamilias acquiſivit, etſi hic ab hoſtibus captus ſit, & idem procedit ſi cum pater moritur ab hoſtibus redemptus inveniatur, quia quamvis quodam naturalis pignoris vinculo retineatur donec prætium redemptionis ſolvat, l. qui teſtamento 20. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ. tamen vel ſtatim fungitur poſtlimio, ut tenent Antonius Faber in Papin. tit. prin. 4. illat. 3. & tit. 11. prin. 8. illat. 11. quæſt. 7. eum ſeqq. vel etſi ante ſolutum pretium redemptiunis non gaudeat jure poſtlimii ut contendit D. Retes 6. opoſc. cap. 13. favorabiliter ut habeat unde ſolvat jura ſucceſſionis ſibi vindicare poteſt l. is qui 15. C. de poſtlim. reverſ. & patris poſſeſſionem agnoſcere dum tamen ſua bona conferat, quæ vel jam recepit perfectionem poſtlimii, vel ſtatim quoad effectum ſucceſſionis & collationis recepiſſe intelligitur.

Ex quibus nova luce venit illuſtrandus textus in l. 2. in prin. de collat. bonor. ubi nepos poſthumus qui vivu avo ſucceſſit in locum patris ſui emancipati primu defuncti (ſic omiſſa Azonis & Goffredi expoſitione textum accipio cum Cujaciu ibi. lib. 41. Pauli edictum) & poſt mortem avi editus bonorum poſſeſſionem agnoſcit, ſive hæreditatem à patre, ſive legatum acceperit, hoc tenetur conferre: quæ etiam Pauli deciſiu ex eo difficilis eſt, qood hic nepos, ut Conſultus ipſe fatetur, muriente avu, nihil in bonis habuit, cum non fuerit in rerum natura, hæreditatem enim vel legatum puſt ejus mortem acquiſivit: ergu nihil debet conferre, cum acquiſita poſt mortem ejus, cujus bonorum poſſeſſio agnoſcitur, non veniant in collationem, ut præter jam dicta jura probat textus ſic intelligendus, & rubro ſub quu jacet adaptandus in l. dotem 6. de collat. bonor. verùm elegans decidendi modus ſeu ratio in eo ſtat quod poſthumus in jure noſtro captu ab hoſtibus æquiparatur l. hæredis 7. §. ſed etſi 2. quando dies leg. ced. l. 1. §. hæc autem 2. cum trib. ſeqq. de bon. poſſeſ. contra tab. l. 2. de ſuis & legitim. & ſicut captivus ubi ab hoſtibus rediit, retro in civitate fuiſſe creditur, ſic & poſthumus, ubi à materni uteri captivitate exemptus & in lucem editus fuerit, perinde habetur ac ſi ex tempore conceptionis fuiſſet in rerum natura l. 7. & 19. de ſtat. hom. l. cum quidam 30. §. 1. de acquir. hæred. Obſervat. Valentia 3. illuſt. tract. cap. 2. n. 8. ſed emancipatus qui poſt mortem patris ab hoſtibus rediit, 11

etſi revera nihil in bonis habuiſſe retro fingitur d. l. 1. §. 17. ergo & poſthumus etſi attenta veritate moriente avo nihil habuerit poſt ejus mortem editus, lucrum quod ſentit ex hæreditate aut legato à patre acceptis, & in bonis habuiſſe intelligitur ex tempore conceptionis, & ſic vivo avo conferre debebit: quæ interpretatio eò magis ſuadetur, quia in utroque textu ſcilicet in d. l. 1. §. 17. & in d. l. 2. eadem exprimitur ratiu dubitandi, quia revera nec captivus, nec poſthumus quidam habuerit paternæ mortis tempore: verùm illud animadvertendum eſt quoad effectum quidem conferendi captivum & poſthumum æquiparari; in eo tamen differre, quod captivus qui rediit poſt mortem patris ex verbis edicti admittitur ad bonorum poſſeſſionem cum onere collationis, nepos autem puſthumus in l. 6. nec ex verbis edicti ad bonorum poſſeſſionem vocantur, cum nunquam fuerit ſuus poſthumus avo, ſed ex æquitate argum. textus in l. 6. ſi tab. teſtam. nullæ ex tab. nec confert ex bon. edicti cum nihil in bonis habuerit, cum avus deceſſit, nec retrotractio acquiſitionis ſubtili jure inſpecto potuit inducere collationem paternæ hæreditatis aut legati, quia etſi fuiſſet ſuus poſihumus avo poſt ejus mortem editus, hæreditatem aut legatum ſibi acquireret, non avo jam mortuo, cum incipit acquiſitio ex dictis o. antecedenti, confert tamen ex æquitate, quia ſicuti ex benigna interpretatione ſuos poſthumus avo fuiſſet, retrogreditur ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem, nec huic retrotractioni obſiſtit incapacitas avi jam defuncti; ſic quidquid à patre accepit ex tempore conceptionis, & vivo avo acquiſiiſſe intelligitur, quin inhabilitas avi mortui hujuſmodi retrotractionem impediunt quoad effectum collationis; æquum enim eſt ut quemadmodum avo ſuus poſthumus fuiſſe creditur, quoad partem ſucceſſionis ſuis hæredibus conferendam, ſic & paternam hæreditatem aut legatum vivo eo adquiſiiſſe intelligatur quoad minuendam injuriam ſuis hæredibus irrogatam per medium collationis ex vulg. reg. textus in d. l. 10. de reg. jur. cum ſimil.

12 Tunc ergo ſolum (ut ad viam redeamus) emancipatus cogitur conferre peculium caſtreuſe filii ſui, cum tempore mortis patris cujus bonorum poſſeſſionem agnoſcit; filius jam deceſſerat, nihil autem intereſt an inteſtatus, an facto teſtamento deceſſerit, dummodo patrem hæredem inſtituerit, licèt ei ſubſtitutum dederit; nam emancipatus hæres filii ſcriptus, licèt cum pater moritur nondum adierit, peculium confert, quia non magis nunc quæritur, quàm nunc non alienatur, ut dicitur in d. §. 11. verſ. amplius dico, cujus rationem inveſtigare difficillimum ſanè eſt, omiſſo Goffredo qui parum feliciter hunc textum interpretatur, dicendum eſt quod emancipatus teſtamento filii hæres inſtitutus, ſiquidem non habeat ſubſtitutum, etſi nondum adierit, cum pater deceſſit, ideo peculium confert, quia illud ſtatim in bonis habet, & abſque agnitione ad hæredes transferre poteſt, ſive enim dicamus in veriori ſententia, quod pater hæres ſcriptus peculium jure occupat, inveniemus hunc caſum ſimilem eſſe ei quo filius inteſtatus deceſſit, ſive dicamus cum D. Retes & ab eo relatis 5. opuſc. cap. 8. per tot. quod peculium acquirit jure hæreditatis, & indiget aditione ad inſtar cujuſlibet extranei hæredis, comperimus quod ante aditionem peculium tranſmittere poteſt; nam ultimo vitæ inſtanti quo jam certum eſſe incipit, quod ex teſtamento; adire nun poteſt, ab inteſtato ipſo jure occupat peculium argum. textus in l. filius à patre 18. de lib. & poſthum. l. ult. de condit. inſtit. juncto Valentia 3. illuſt. tract. 3. cap. 5. ex n. 23. ergo cum in omnem eventum poſſit peculium tranſmittere ante aditionem illud in bonis habere cenſetur, cum pater moritur, & meritò conferre jubetur; ubi autem patri inſtituto ſubſtitutus datus eſt, difficile ſanè eſt dicere quod emancipatus, qui nondum adiit paternæ mortis tempore peculium conferat; nam ſi verum eſt quod ad inſtar extranei indiget aditione ante eam, nec peculium habet in bonis, nec illud tranſmittere poteſt, nec ab inteſtato occupare, cum non ideo teſtamentum deſtituatur, ſed ſubſtituto ſit locus argum. textus in l. ſi filius hæres 16. in fin. de liber. & poſthum. d. l. ult. de condit. inſtit. juncta generali regula textus in l. quandiu 69. de acquir. hæred. ac per conſequens nec conferre tenebitur: Quapropter præfero ſententiam Cumani Alexandri & Jaſonis in d. l. 44. de legat. 1. Coſtæ in d. §. cum in bello Scholio 2. n. 3. Fabrin. in Papin. l. 11. prin. 9. illat. 5. Oroz 1. de apicibus cap. 10. num. 41. cum ſeqq. aſſerentium quod pater teſtamento filii hæres inſtitutus non hæreditario, ſed peculii jure occupat peculium, ut probant textus in l. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid. l. ult. de caſtr. pecul. & aliis fundamentis ex quibus ſatisfieri poteſt his quæ in contrarium diſputat D. Retes d. cap. 8. miror tamen eos omiſiſſe noſtrum §. 22. qui ſolum ad id convincendum ſufficeret, quippe cum aſſerat emancipatum hæredem ſcriptum, qui habet ſubſtitutum, & nondum adiit paternæ mortis tempore conferre peculium in neceſſarium antecedens ſupponit, imo & expreſsè decidit in illis verbis: *quia non magis nunc quæritur peculium, quàm nunc non alienatur*, ipſo jure peculium occupare, & abſente agnitione ad hæredes poſſe transferre, excluſo ſubſtituto argum. textus in l. 1. §. cum autem 3. C. de caducis junctis quæ tradit Donell. 6. comment. cap. 24. & plures referens Oſſuald. ibi litt. H. alioquin ſi ad inſtar extranei aditione opus haberet ante eum peculium in bonis non haberet; cum pater deceſſit, nec illud conferre tenetur.

Hæc autem quæ de peculio caſtrenſi filii 13
exiſtentis in poteſtate emancipati diximus, egregiè confirmantur ex adhuc non intellectis juribus, quæ novo forſitan ſplendore clareſcent in l. pater 11. de evict. l. filium 4. de collat. bonor. l. 2. §. ult. de dot. collat. in quibus emancipatus non tenetur conferre dotem quam filiæ ſuæ nomine dedit, ſi paternæ mortis tempore adhuc conſiſtit matrimonium, quia ſicuti non confert peculium caſtrenſe filii ſui adhuc ſuperſtitis, quia non ſuum nec filii eſt d. l. §. 2. ſic nec confert dotem filiæ adhuc in matrimonio perſiſtentis, quia non ſua, ſed filiæ eſt ad inſtar caſtrenſis peculii l. 3. §. ergo etiam 5. de minor. l. pater 14. ad leg. Falcid. D. Larreateg. 4. ſelect. cap. 10. Arias de Meſa 3. var. cap. 17. ſin autem tempore mortis patris ſolutum jam ſit matrimonium, non quidem per divortium aut mortem mariti (quibus

ſibus licèt communis ſit actio patri & filiæfamilias l. 2. §. 1. ſolut. matrim. dos non confertur, ut rectè vidit Goffred. in d. l. 4. quia ad emancipatum cum ſua cauſa revertitur, ut eam alii meritò præſtet argum. textus in l. ſi ſocius 81. verſ. cæterùm pro ſocio juncto ibi Cujacio lib. 9. quæſt. Papin.) ſed per mortem filiæ emancipatus dotem ad ſe reverſam juxta l. 6. de jur. dot. confert ut innuitur in d. l. 71. & ex Accurſio tenet ibi Cujacius lib. 16. quæſt Paul. & tract. 4. ad African. in d. l. 4. de collat. bon. ſicuti & confert peculium caſtrenſe filii ſui ante patrem defuncti ad ſe reverſum in d. §. 22. ſed dices, emancipatus adhuc conſtante matrimonio habet ſpem recuperandæ dotis profectitiæ in caſum ſoluti matrimonii per mortem filiæ, & hujus ſpei ratio habetur, cum propter eam poſſit evicto fundo in dotem dato ſtatim evictionis nomine adverſùm venditorem experiri in d. l. 71. de evict. ergo adhuc filia ſuperſtite tenebitur cautionem offerre de conferenda dote ubi eam recuperavit, ſicuti & cogitur cavere de conferendo eo quod ei debetur ſub aliqua quacunque conditione d. l. 2. §. 3. de collat. bonor. Præſenſit difficultatem Bartol. in d. l. 4. & reſpondet ſpem quidem habere emancipatum recuperandæ dotis in caſum mortis filiæ, ſed hujus ſpei rationem non haberi quoad cauſam collationis, quia caſus ille triſtis & omninò oneroſus eſt l. cum tale 72. in prin. de cond. & demonſt. ac proinde non expectandus ex regul. textus in l. 83. §. ſacram. 5. verſ. ſed hæc diſſimilia de verb. oblig. ſed exiſtimabam ſubtilius dici poſſe quod ſicuti emancipatus non cogitur cavere de conferendo peculio caſtrenſi filii ſui adhuc viventis, quia ſpem occupandi peculii non poteſt ad hæredem transferre, ſic nec compellitur cavere de conferenda dote filiæ ſuæ adhuc ſuperſtitis, quia ſpem recuperandæ dotis non poteſt ad hæredes tranſmittere, l. ſi pater 4. de dot. collat. exemplo legati conditionalis, cujus ſpes quæ datur pendente conditione l. 3. §. ſi quid 7. de minorib. l. videamus 27. de liber. leg. utpote intranſmiſſibilis non venit in collationem d. l. 2. §. 3. cujus regula quatenus docet ſpem debiti conditionalis conferendam eſſe, accipienda eſt de eo debito conditionali, quod pendente conditione poteſt ad hæredes tranſmitti, cujus ſpes tanquam intranſmiſſibilis in bonis eſt, etiam conditione pendente: Nec obſtat conſideratio deducta ex d. l. 71. ubi non ſpes recuperandæ dotis, ſed patris affectio cujus maximè intereſt filiam dotatam habere evictionis nomine præſentem actionem inducit, ut in ipſo textu indicatur & aſſerit ibi Cujacius ad lib. 16. quæſt. Pauli.

14 Habemus jam ea demum emancipatum conferre teneri quæ in bonis habuit moriente patre: nunc adjicimus quod nec omnia quæ vivo patre acquiſivit conferre tenetur, ea etenim quæ etſi fuiſſet in poteſtate ſibi poſt mortem patris præcipua retinuiſſet, munus collationis effugiunt, ut ecce bona caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia non conferuntur l. cum duobus 52. §. idem Papinianus 8. pro ſocio l. Titius 54. verſ. cum enim ad Trebell. l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat. bonor. l. ſacroſancti 34. de Epiſcop. & Clericis, quia etſi filius fuiſſet in poteſtate, caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe peculium poſt mortem patris perciperet, ut arguit Conſultus in d. l. 51. §. 8. & dixi anteced. cap. n. 8. ſed tunc non levis occurrit difficultas ex eo quod filia emancipata olim non modo profectitiam, ſed & adventitiam dotem ſuis hæredibus conferebat, l. 1. §. ſi ſub conditione, ſed de collat. dot. l. 4. C. hoc tit. & tamen expeditum eſt quod etſi fuiſſet in poteſtate, utramque dotem ſibi adquiſiiſſet, d. l. 2. §. 1. ſolut. matrim. cum aliis; ergo pariter emancipatus caſtrenſia bona conferre debebit, quamvis ea ſibi acquiſiiſſet etiam exiſtens in poteſtate; verùm omiſſis quæ tradunt Goffred. in d. §. ſi ex dodrante n. 18. Anton. Faber de error. decad. 4. err. 6. ex n. 16. Gilquenius in d. l. 4. Reſpondeo inter dotem & caſtrenſia bona multum intereſſe; caſtrenſia etenim bona non ideo præcisè à collationis onere eximuntur, quod filio acquiſita fuiſſent, quamvis in poteſtate exiſtenti, ſed ex eo maximè quod poſt mortem ſtatim ab eo præcipua retinerentur, ex contrario autem dos ſive profectitia, ſive adventitia onus collationis agnoſcit, quia licèt filiæ in ſacris paternis exiſtenti adquireretur, poſt mortem tamen patris non eſſet filiæ reſtituenda, ſed in fratribus qui in communis parentis poteſtate fuiſſent communicanda d. l. 1. §. 1. de dot. collat. l. filiæ 12. C. hoc tit. ratio autem propter quam filiafamilias dotem ſive fratrum peculia tam adventitia quam profectitia in paterna hæreditate exiſtentia admittat, æquum viſum eſt ut non minus adventitiam quam profectitiam dotem fratribus communicaret; nihil ergo mirum quod emancipata conferat utramque dotem, quam non poſſet poſt mortem patris præcipuam retinere, ſi fuiſſet in poteſtate, tenet Cujacius d. l. 2. C. hoc tit. & lib. 3. obſerv. cap. 30. qui conſulendus erit circa pleniorem explicationem textus in d. l. 4. quam in commodiorem locum potius rejicimus quàm omittimus.

15 Similiter licèt olim emancipati tàm adventitia quàm profectitia bona conferrent, quia ſi filiifamilias fuiſſent, hujuſmodi peculia parentibus acquiſiiſſent, hodie tamen profectitia duntaxat bona conferri jubentur; quod ut intelligatur, ſupponendum eſt, quod cum emancipatus antiquitus filiusfamilias nihil fere ſibi acquirere potuiſſet, hanc veteris juris duritiem primum Conſtantinus, deinde alii Cœſares paulatim mitigarunt in l. 1. & 2. de bon. matern. l. 1. cum ſeq. C. de bon. quæ liber. & tandem Juſtin. huic rei poſtremam lineam imponens generaliter ſancivit in l. cum oportet 6. C. eod. tit. §. 1. inſtit. per quas perſon. nob. adquir. ut quidquid ad filium aliunde quàm à patre proveniret, eidem filio quoad proprietatem quæreretur, ſolo uſufructu patri ſervato, ut ſic nec parenti quidquam derogetur, ne filii legent ea quæ ſuis laboribus parta ſunt, ad alios ſive extraneos, ſive fratres, quod multò gravius quibuſdam videtur transferri, docent & eleganter peculii originem & progreſſum explicant Galvanus de uſufruct. cap. 10. ex n. 10. & cap. 8. cum ſeq. Bellonus de jure accreſcendi cap. 1. quæſt. 42. ex n. 23. Jacob. Goffredus in l. 2. & 3. Cod. Theodoſ. de bon. matern. l. 4. unde ſatis colligebatur quod adventitia peculia poſt mortem patris præcipua retinerentur, nec fratribus communicarentur; ne tamen aliqua ſuper eo dubitatio oriretur, id etiam Juſtinianus indu-

xit in l. ult. C. hoc tit. quæ non neceſſariò prout credidit Antonius Faber decad. 41. error. 10. n. 9. ſed ex abundanti & dubitationis tollendæ cauſa lata fuit, ut melius aſſerit Gilchenius in eadem lege, ſicuti & Arcadius & Honorius., poſtquam conſtitutionem Conſtantini de bonis maternis ad bona ex materna linea provenientia extenderunt, illa etiam poſt mortem patris à filio præcipua retineri, nec ab ejus cohæredibus poſſe vindicari declararunt in d. l. 1. C. de bon. matern. l. 4. Cod. Theodoſ. eod. tit. ex quibus jam apparet quàm rectè conſtans ſit omnium fere Interpretum ſententia, quod emancipati adventitia bona non conferunt, quia etſi fuiſſent in poteſtate, ea poſt obitum patris ſibi retinerent ex regula textus in d. l. 52. §. 8. pro ſocio, ac per conſequens abrogatas jam eſſe deciſiones textus in d. l. 1. §. 7. de dot. collat. & in d. l. 4. C. hoc tit. quidquid contrarium defendat Faber dict. deciſ. 42. error. 10. cujus levibus fundamentis occurrere non vacat: Nec obſtat quod jam pridem ante Juſtinianum ex nova Leonis conſtitutione in l. ut liberis 17. in fine C. hoc tit. ea autem videbatur ut emancipati profectitia tantùm bona ab eo ſcilicet parente profecta, de cujus agitur, ſucceſſione conferrent; nam omiſſis quæ contra textus litteram & juris rationem diſputat D. Zamora de collat. 2. part. n. 12. amplector ſententiam Cujacii in d. l. 17. & Anton. Fabri decad. 10. error. 2. n. 12. aſſerentium quod in ultima parte textus in d. l. 17. nil novum conſtituitur, ſed juxta tenorem præcedentium Legum dicitur quod emancipati, quæ in ipſa emancipatione, vel poſtea à parentibus conſequuntur ſuis hæredibus conferunt, non autem negatur quod etiam adventitia bona conferant, dixerat Leo inter ejuſdem conditionis liberos ſive emancipatos, ſive in poteſtate conſtitutos, ſive qui nunquam fuerunt in poteſtate, dari collationem dotis & donationis propter nuptias profectitiæ, nec cæterorum bonorum quam à parentibus profectorum; ne ergo aliquis æſtimaret emancipatos poſt eam conſtitutionem dotem ſolùm & donationem propter nuptias profectitiam adjecit, ſe circa prætorium edictum de collationibus nihil immutaſſe, & emancipatos cætera omnia profectitia bona conferre, juxta veteris juris diſpoſitionem, ex qua circa adventitia bona ſupplendum erit, quod omiſſum fuit à Leone in d. l. 17.

16 Quod diximus adventitia bona poſt Juſtinianum in collationem non venire, ita verum eſt ut nec uſusfructus quidem conferatur, ut rectè docet Goffredus in d. §. ſi ex dodrante n. 21. quia quamvis filius ſi fuiſſet in poteſtate uſumfructum acquiſiiſſet poſt ejus mortem ſibi eum præcipuum retineret d. l. ult. C. hoc tit. de fructibus autem adventitiorum bonorum ſi quæratur an ſint conferendi omiſſo Fabro ad dec. 42. error. 10. n. 13. cum Coſta in §. & quid ſi tantùm 3. part. n. 218. & Vinnio de collat. cap. 11. n. 3. & 4. ita fructus vivo patre percepti, & ejus mortis tempore adhoc extantes conferuntur, argum: textus in l. filius 5. §. 1. de dot. collat. quia patri acquiſiti forent, ſi filius in poteſtate manſiſſet, fructus autem nondum percepti & pendentes tempore paternæ mortis non conferuntur, quia licèt ſint in bonis emancipati, qui plenæ proprietatis eſt Dominus, ab eo tamen etſi fuiſſet in poteſtate mortuo patre præcipui retinerentur, nec enim pater utpote nudus fructuarius poſſet fructus adhuc pendentes ad hæredes transmittere l. ſi fructuarius 13. quibus modis uſusfr. cap. 27. & 28. Calvanus eod. tract. cap. 28. ex n. 3. unde facilè convincitur Cujacius qui ad leg. 12. C. hoc tit. aſſerit quod fructus pendentes, cum pater moritur ad ejus hæredes pertinent pro rata temporis qua penes ipſum ſtetit uſusfructus, ſuſcitans errorem, quem vir alioquin doctiſſimos tenuerat lib. 24. obſerv. cap. 21. & rejicit Robert. cap. 10. cui non rectè occurrit ipſe Cujac. ſub nomine Mercatoris lib. 2. notat. contra Robert c. 10. cui doctrinæ opponit textum in d. l. 6. §. non autem 2. verſ. ſinautem. C. de bon. quæ liber. ubi filiusfamilias mortuo patre non modo uſumfructum peculii adventitii, ſed & fructus quos vivo patre percepit, dicitur retinere; ſed hæc deciſio, ut ex ipſo textu conſtat tunc procedit, cum pater filio uſumfructum donavit, quo caſu ſive dicamus inutilem eſſe donationem, & morte patris confirmari apparebit fructus, utpote poſt mortem patris adquiſitos à filio retinendos eſſe ſecundum ea quæ poſtea dicemus, ſive ex oppoſito teneamus donationem ſtatim valere cum pluribus quos refert & ſequitur Anton. Gomez. in l. 29. Taur. n. 29. & in l. 48. n. 9. & uſumfructum cum proprietate fuiſſe conſolidatum hodierno jure; quamvis olim abſque ceſſione id fieri non potuiſſet ex his quæ tradit Galvanus de uſufr. cap. 38. n. 7. & 8. æquè conſtabit fructus retineri poſſe, quia non profectitio, ſed adventitio jure acquiſiti intelliguntur argum. textus in l. pater 15. §. ult. de caſtrenſ. peculio, ut conſiderat Anton. Perez. ad noſt. tit. n. 21. unde ſubtiliter plus addit Goffredus d. n. 21. & aſſerit quod emancipatus uſumfructum quem vivo patre acquiſivit, nec olim, nec hodie conferre tenetur, quia licèt omni jure, ſi filiusfamilias fuiſſet, eum patri acquiſiiſſet l. uſusfructus 6. §. acquiritur 2. de uſu & uſufr. legat. l. ult. C. eod. tit. olim tamen morte patris extingueretur, nec ad ejus hæredes tranſiret, atque ita ſui hæredes queri juſtè non poterant ab emancipato non conferri uſumfructum, qui quamvis patri acquiſitus fuiſſet, ad ipſos tranſmiſſus non eſſet, novo autem jure, quamvis à filiofamilias uſusfructus patri acquiſitus fuiſſet, mortuo eo præcipuum filii eſſet, nec fratribus communicaretur, d. l. ult. C. de uſufr. Anton. Gomez. in d. l. 48. Taur. n. 2. Gyphanius Raguellus & Merillus in d. l. ult. ſolet etiam communiter alia hujuſmodi rei ratio aſſignari, quia uſusfructus cum perſonam egredi non poſſit, nec beneficio collationis poteſt ad fratres tranſire, ſed ex eo ſolum probatur non conferri jus perſonale, non autem evincitur non conferri jus reale, quod poteſt etiam in extraneum conferri l. 8. §. ult. de pericul. & comm. rei vend. Galvanus d. cap. 38. n. 9. ſicuti & videmus in eo ſenſu conferri uſumfructum filiæ in dotem datum, quia in legitimam imputatur, ut eleganter diſputat Goffredus ubi ſupra, n. 24. Quapropter in priori ratione Inſiſtendum eſt, ex qua aliqua notatu digna ſumma præter morem perſpicuitate deducit Goffredus d. n. 21. 24. & 25. apud ipſum videnda quem de more tráſmittere non putavi.

Digitized by Google

17 Profectitia autem bona tam novo quam veteri jure conferontur, quia urtoque jure ſi filius fuiſſet in poteſtate, ea patri acquiſiiſſet, ut eo mortuo cum frattibus eſſent communia, unde quaſi manu ducimur ad celebrem & vexariorem ſanè noſtri tractatus quæſtionem, utrum ſcilicet donatio à patre filio facta ſit conferenda necne; pro cujus clariori reſolutione prius de ſtatu donationis à patre in filiumfamilias collatæ agendum duxi; donario hæc propter fictionem identiratis inutilis eſt l. donationes 31. §. pater 2. de donat. l. 1. §. 1. pro donato, mortuo autem patre & ſic ceſſante identitatis fictione tacito quodam jure per ſolam perſeverantiam in voluntate confirmatur Paulus lib. 5. ſentent. tit. 11. §. pater 3. Larreateg. lib. 4. ſelect. cap. 8. D. Retes de donat. cap. 10. n. 7. hodie quidem ipſo jure l. 2. donationes 25. C. de donat. inter vir. olim autem vel ipſo jure ut exiſtimat Faber dict. dec. 42. error. 3. vel ut tenet Cujac. ad Paul. d. lib. 5. ſentent. tit. 11. §. 2. & in §. ult. & tract. 6. ad African. in l. ſi quando 109. de legat. 1. per adjudicationem factam ab arbitrio Judicis familiæ erciſcundæ, qui donationem filio adjudicabat propter paternæ voluntatis deſtinationem l. 2. C. de inoff. donat. textus ſic intelligendus in l. 4. C. famil. erciſcund. quia ex actu donationis quamvis inutili deprehendebatur voluntas patris quam arbiter ſequi debebat arg. textus in l. ult. de reb. cor. junct. quæ dixi præced. cap. n. 16. Quapropter hujusmodi donatio tanquam acquiſita per mortem patris à filio præcipua retinetur, nec fratribus eſt communis l. pater 8. de dot. collat. l. filiæ 18. C. famil. erciſcundæ, imo & hodie poſtquam ex conſtitutione d. l. 25. ita confirmatur, ut retrohatur acquiſitio ad tempus donationis, mortuo patre à filio retinetur, tum quia adhuc poſt mortem patris acquiritur, ut conſiderat Faber dec. 40. error. 3. tum etiam quia ut ego exiſtimo retrotractio hæc tanquam inducta in favorem filii in ejus damnum retorqueri non valet ex regula textus in l. quod in favorem 6. C. de legibus, in ejus autem præjudicium profectò retorqueretur, ſi donatio quæ non inducta retrotractione à filio retineretur, poſt eam introductam, cum fratribus eſſet communis; ſed tunc opponitur difficilis textus in l. ſi donatione 13. C. hoc tit. ubi Diocletianus & Maxim. qui in d. l. 18. C. famil. erciſ. hanc doctrinam tradiderant in eiſdem terminis contrarium expreſsè reſpondent, omiſſis emendationibus quas tradunt præter relatos à D. Retes d. cap. 10. n. 9. Merin. 3. obſerv. cap. 18. Amaya 3. obſerv. cap. 1. n. 27. cum ſeq. Arias de Meſa 3. Var. 18. n. 12. & impugnat D. Zamora d. 2. part. n. 26. cum ſeqq. & aliam quam noviter excogitavit D. Retes ubi nuper non aliter poteſt ſolvi difficultas quam ſi in d. l. 13. termini habiles ponantur: Ponendum itaque eſt vel patrem mutaſſe voluntatem, ut tenent Fabrotus & alii egregii Interpretes lib. 41. Baſilic. tit. 7. n. 28. vel donationem ex animo factam fuiſſe, ut eſſet loco peculii res donata, cujuſmodi conceſſio, donatio ſolet appellari, d. l. 31. §. 2. de donat. l. per ſervum 37. §. 1. l. quod fructuario 49. de acquir. rer. dom. ut docent Larreategui d. lib. 4. ſelect. cap. 8. n. penult. Oroz lib. 1. de apicibus cap. 5. n. 39. Vinn. de collat. cap. 15. n. 9. & 10. vel dici poteſt cum Bajo Arroyo in relect. ad text. in cap. conquerente de reſtitut. ſpoliat. n. 23. textum in d. l. 13. eo caſu intelligendum eſſe quo pater donavit fundum filiofamil. quem poſtea emancipavit; tunc enim fundus omnino conferendus eſt quam interpretationem littera textus non reſpicit.

Cognito jam ſtatu donationis à patre in filiumfamilias dicendum eſt cum Guffredo in §. ſi ex dodrante n. 10. cum ſeqq. Fabro d. dec. 40. error. 2. Gilcheno in d. l. penult. C. hoc tit. n. 28. quòd emancipatus donationem quam à patre accepit, aut dum erat emancipatus, dummodo adepta non fuerit, aut in ipſa emancipatione vel poſtea conferre tenetur: Quæ ſententia probatur per argumentum à contrario ſenſu ex l. 1. §. ſed an id 16. de collat. bon. l. 1. authent. ex teſtamento C. hoc tit. & expreſsè ex d. l. 17. in fine, C. eod. & ex l. ſi deportatus 8. C. de bon. præſcript. ubi ſtatuitur quòd ſi deportatus ſuos & emancipatos filios reliquerit, pars quæ ex imperiali indulgentia ejus liberis conceditur l. cum ratio 7. de bon. damnat. D. Nicolaus Anton. lib. 2. de exilio cap. 22. ex n. 7. ad omnes pertineat, dummodo emancipati quæ tempore emancipationis ſunt conſecuti cum fratribus conferunt; ergo emancipatus confert donationem acceptam à patre; ſed quando in hunc textum incidimus eum penitus explicemus, quod ne tentavit quidem D. Nicolaus ubi nuper difficultas in eo ſtat quòd inter eos qui non fuerunt in morientis poteſtate patris ad invicem ceſſat collatio d. l. 19. C. hoc tit. in præſenti autem quidam ex liberis fuerunt emancipati, alii ſui juris effecti per deportationem patris §. 1. inſtit. Quib. mod. jus. patr. poteſt. ſolv. verùm ex mente Goffredi ad l. 1. de collat. bonor. n. 3. Reſpondeo quòd conceſſio patris in bonis deportati ſuccedit in locum legitimæ ſucceſſionis d. l. 7. de bon. damnat. & ſecundùm ejus naturam regulatur, ut eos inter eos collationi ſit locus, inter quos ſi ab inteſtato parenti ſuccederent, collatio locum haberet. Illa tamen ſupereſt difficultas, quam primus forſan excogitavi; deportato patre, & ſic ejus bonis publicatis, peculia ſervantur filiisfamilias ex reſcripto D. Claudii l. 3. §. ſed utrum 4. de minorib. nec inveniuntur in bonis mortui deportati; ergo emancipatus fratribus ad quorum peculia non admittitur, nullam irrogat injuriam, ac proinde collationi non eſt obnoxius: ſed primò reſpondeo verius eſſe quod etſi publicatis bonis patris propter debitum peculium filio ſervetur ex d. l. 3. §. 4. confiſcatis tamen bonis ex cauſa deportationis; & ſic propter capitale crimen publicantur ut ex l. 1. §. alienatio 4. quando act. de pecul. ann. ſit. probant Vigilius ad prin. inſtit. quibus non eſt permiſ. fac. teſtam. & D. Retes 1. opuſc. cap. 8. n. ult. Secundò dici poteſt, quòd licèt deportato patre peculia filii ſervarentur, ut non rectè concedit Vinnius in d. prin. inſtit. quibus non eſt perm. fac. teſt: non eò minùs in d. l. 8. collationi locus eſſet, tum quia cætera per fratres acquiſita quæ pater in peculium conceſſerat, inveniuntur in portione cujus partem capit emancipatus, tum quia injuria quæ dat cauſam edicto, non oritur ex eo ſolùm quòd emancipatus peculia fratrum inveniat in paterna hæreditate, ſed ex

eo etiam quòd partem auferat his qui jure civili ex aſſe hæredes erant extituri quod in propoſito contingit; Tandem moneo emancipatum in d. l. 8. conferre non ſolùm quæ à patre accepit, ſed & quæcumque ante deportationem patris acquiſivit, non quæ poſt deportationem, poſtquam etiam fratres ſui juris conſtituti, acquiſitionis capaces effecti fuerunt.

19 Verùm ut poſt non injucundum diverticulum regiam rectamque viam noſtræ diſputationis proſequamur, ut contrariæ ſententiæ quam poſt plures ſtrenuè adſtruit Vinnius de collat. d. cap. 15. ex n. 13. fundamenta diluamus oportet, primum, hoc eſt, nihil magis repugnat voluntati ſimpliciter & abſolutè donantis quàm ut quod ita donat, ſubjiciatur collationi; qui enim ſimpliciter donat, vult donatarium rem donatam habere præcipuam; quod autem confertur, non præcipuum habetur, ſed communicatur; ſed vel tacita voluotas patris collationem excludit l. 39. § 1. famil. erciſc. ergo multò magis expreſſa voluntas patris donanionem exercentis rei donatæ debet collationem excludere; confirmatur ex eo quod non alia ratione donatio iu filiumfamilias collata per arbitrium familiæ erciſcundæ filio adjudicatur, niſi quia ea fuiſſe voluntas patris dignoſcitur ut filius rem donatam præcipuam haberet. Secundum & fortius fundamentum, quod non excogitaverunt adverſarii, illud eſt: Emancipatus ſi fuiſſet in poteſtate donantis donationem à patre acceptam poſt ejus mortem præcipuam haberet; ergo non tenetur eam conferre ex his quæ huc uſque diſputavimus. Primò difficultati reſpondeo, ex actu donationis factæ emancipato non induci animum excludendæ collationis, quippe donatio inter vivos ſit abſque ulla mortis cogitatione §. aliæ autem 2. de donat. collatio autem demum poſt mortem patris locum habet: nec obſtat exemplum collationis in filiumfamilias collatæ, ex qua ideo evincitur animus excludendæ communionis, quia in tempus paternæ motiis ejus validitas excurrit, & quia aliàs prorſus inutilis eſſet; vivo enim patre dum durat vinculum poreſtaris, non valet, eo mortuo, ſi res donata cum fratribus eſſet communis, inefficax etiam eſſet; idem enim contingeret, non facta donatione, quod dici non poteſt de donatione facta emancipato, quæ ſtatim ab inirio vires habet l. cum de bonis 11. l. ſive emaociparis 17. cum aliis C. de donat. nec redditur inutilis ex eo quod collationi ſint obnoxiæ. Plus urget ſecunda difficultas cui reſpondeo ex mente Fabri d. dec. 40. err. 2. n. 12. quod dicitur donationem filiofamilias factam, patre mortuo, præcipuam retineri, ita procedere ſi pater in eadem voluntate uſque ad ſupremum vitæ exitum perſeveraverit, ſin autem contrario indicio voluntatem mutaverit cum fratribus eſſe communem, donatione autem facta emancipato quæri non poſſe, an pater in eadem voluntate permanſerit, imo etſi nullum ſit contrariæ 'voluntatis indicium non ex eo argui perſeverantiam voluntatis, cùm etſi maximè velit, ſemel tamen perfectam donationem revocare non poſſit l. 6. cum ſimil. de revocand. donat. ergo ut rectè arguit Goffredus d. n. 26. ſufficit quod ſi fuiſſet filius in poteſtate, pater motare voluntatem potuiſſet, & quod ea mutata, res donata cum fratribus eſſet communis ad hoc ut emancipatus donationem à patre acceptam & pleno jure acquiſitam conferre teneatur.

Utuntur etiam autoritatibus adverſarii. Expendunt textum in l. 2. C. de inoff. donat. 20
ubi ſi pater impetu quodam immenſæ liberalitaris patrimoniom ſuum in unum ex filiis effuderit, ut aliis conſulatur, ita diſtinguitur; aut donatarius fuit in poteſtate, & tunc officio arbitri familiæ erciſcundæ continetur, ut alteri quartam partem debitæ ab inteſtato portionis præſtet inculumem; aut fuit emancipatus, & tunc per inofficioſæ donationis qucrelam, donatio quatenus legitimum modum excedit, revocatur; ergo emancipatus non coufert donatiooem à patre acceptam; nam ſi eam conferret, integer ſemis paternæ hæreditatis ad fratrem pertineret. Pro ſolutione ſuppono anxiè inter Interpretes controverti, an donario inofficioſa per quetelam pro dimidia parte revocetur, an ſolùm uſque ad debitum bonorum ſubſidium, ut conſtat ex his quæ diſputant Antonius Faber lib. 3. conject. cap. 17. Donell. & Oſſuald. 19. comment. cap. 11. per tot. D. Retes de donat. cap. 8. n. 14. ſuper quos ne judicium quidem meum profero, ſed ſolùm contendo in quacunque ſententia ex d. l 2. nihil inferri cootra noſtram aſſertionem; ſi enim dicamus inofficioſam donationem pro dimidia parte revocari non niſi abſurdè de ejus collatione queri poterit, ſin autem teneamus ſolum uſque ad debitum bonorum ſubſidium revocari difficilior res eſt; omiſſo tamen Goffredo d. n. 11. etſi nullum viderim quem ſequar: Reſpondeo, ex eo quod donatio ſolum uſque ad debitam quartam revocetur, evinci quidem quod non cooferatur; ſed id ex eo provenire quod emancipatus non agnovit bonorum poſſeſſionem quam non niſi ſtultè agnoverit ſciens inanem eſſe paternam hæreditatem: quid ergo mirum quòd donationem non conferat, cùm nec cætera conferre teneatur, ubi bonorum poſſeſſionem repudiavit, l. ult. de dot. collat. l. ex cauſa 25. C. famil. erciſc. in prima aurem parte d, l. 2. ubi donatarius fuit in poteſtate, ambo filii patri ſucceſſerunt, alioquin ſi donatarius ab hæreditate ſe abſtinuiſſet, nihil retineret ex donatione quæ ſolum confirmatur per arbitrium judicio familiæ erciſcundæ, quod inter cohæredes locum habet; arbiter autem ex æquitate quartam debitam alteri filio ſervat incolumem; at ubi donatarius fuit emancipatus, & bonorum poſſeſſionem neglexit, officium arbitrii neceſſarium non eſt ad retinendam donationem quæ ab initio utilis fuit, nec indiget adjudicationis adminiculo, & ſola ſupereſt inofficioſæ donationis querela, poſtquam donatio quatenus legitimum modum ſuperat, revocatur.

Opponunt textum quo tota contrariæ ſenten- 21
tiæ machina nititur, in l. illud 20. §. 1. C. hoc tit. ubi expreſsè pro regula tradit Juſtinianus donationem ſimplicem conferendam eſſe: qua deciſione freti victoriam jam canunt; ſed quàm infelici eventu ſigoum receptui dare cogantur, ex eo apparet quod Juſtinianus ibi non loquitur de donationibus collatis in emancipatos, qui unà cum ſuis hæredibus patri ſuccedunt, quæ omnimodo conferuntur ex jam dictis, ſed de factis à matre vel avo materno aot de collatis à patre in emancipatos cum ejuſdem con-

Digitized by Google

ditionis fratribus concurrentes, quas meritò docet regulariter conferendas non eſſe, qui inter hujusmodi perſonas ſolùm datur collatio dotis profectitiæ & aliorum quæ facto teſtamento in legitimam imputantur, non cæterorum bonorum, quamvis à parentibus profectorum, ut ex d. l. 17. hoc tit. dicebam n. 15. nec eſt quod quis dicat textum in d. l. 20. §. 1. generaliter loqui de donationibus à patre factis, nec poſſe reſtringi ad donationes collatas in emancipatos cum emancipatis iisdem fratribus concurrentes, quia hujuſmodi reſtrictio non eſt divinatoria, ſed valde conſona menti Juſtiniani, qui cùm promiſcuè tractet de donationibus factis à patre vel à matre, ſolùm de his donationibus à patre profectis tractare dignoſcitur, quæ ſimiles eſſe poſſunt donationibus factis à matre; hæ autem non aliæ eſſe poſſunt, quàm collatæ in emancipatos cum ejusdem conditionis fratribus ſuccedentes, quæ ideo non conferuntur, quia nec facto teſtamento in legitimam imputantur l. ſi quando 25. §. & generaliter 2. C. de inoff. teſtam. inter hujusmodi autem perſonas, ea ſolum ab inteſtatu conferuntur, quæ facto teſtamento in legitimam imputarentur d. l. 20. in prin. C. hoc tit. quæ omnia ſuis locis plenè diſcutiemus, docent Goffredus in d. §. ex dodrante n. 27. cum ſeq. Faber d. dec. 40. error. 2. n. 14.

22 Ab hac tamen regula quæ habet emancipatum ſuis hæredibus donationem à patre acceptam conferre debere, excipienda eſt donatio facta dignitatis nomine, ita ut emancipatus id quod dignitatis nomine à patre ei datum eſt, vel adhuc debetur non conferat, ſed præcipuum retineat d. l. 1. §. ſed an id 16. de collat. bon. propter onera dignitatis, quæ olim plurima fuerunt, qui dignitatem aliquam inibant, modicum aliquid pro introitu collegis erogabant l. ult. de hæred. petit. l. quod adipiſcendæ 10. cum duob. ſeq. de donat. int. vir. circa quod plura & plures dat Oſſuald. lib. 19. comm. cap. 4. duplici littera X. X. quibus addendi ſunt Apuleius lib. 7. de aſino aureo. Symachus lib. 4. Epiſt. 55. Anaſtaſius Germonius lib. 5. de ſacr. immunit. cap. 3. n. 17. D. Retes lib. ſing. de donat inter. cap. 5. n. 55. & 16. ludorum exhibitiones edebant ut popularem auram captarent, de qua re latè & eruditè D. Amaya in l. fin. C. de Decurion. lib. 10. ex n. 56. alia etiam onera dignitatibus inſunt, de quibus in l. 2. ad monicip. id ergo quod pater dignitatis nomine emancipato dederit, immune eſt à collatione, & ſi adhuc debeatur, commune eſt onus omnium hæredum patris: nam pater quod pro filiofamilias dignitatis nomine erogaverit, revocare non poteſt, & poſt obitum patris præcipuum retinetur l. ſi filia 20. §. idem ſcribit 6. cum ſeq. l. ex parte 39. §. filius 3. famil. ercisc. l. filius 11. §. idem reſpondit 2. junct. l. 2. ad municip. l. 3. §. ult. l. & filius 55. de munerib. & honor. l. 1. C. de Decurion. lib. 10. l. un. C. de peric. ſucceſ. parent. eod. lib. 10. Cujacius lib. 1. reſponſ. Pauli in d. l. 21. §. 2. & lib. 5. reſponſ. Papin. in d. l. 15. Gilchen. in Authent. ex teſtament. C. hoc tit. n. 58. Amaya in d. l. 5. C. de Decurion. n. 38. cum ſeq. nec tunc obſtat textus in d. l. 20. in prin. C. hoc tit. quem in tractat. de collat. dotis exponemus, interim videndus Vinnius de collat. cap. 13. n. 14.

Rursùs ex jam traditis principiis infertur quod 23
emancipatus dotem ab uxore ſua acceptam non cogitur conferre d. 1. l. §. emancipatus 20. l. 3. §. quare 4. de collat. bonor. quia quamvis ſi fuiſſet in dominium dotis ad patrem ſpectaſſet d. l. 20. §. l. ſi maritus 46. famil. erciſcund. ſicuti & onera matrimonii ſubit ex regula textus in d. l. ſi is qui 56. §. 1. & 2. de jur. dot. quod ita procedit ut etſi vivo patre uxor in matrimonio deceſſerit, non eo magis emancipatus ad collationem dotis urgeatur, ut adjicitur in d. §. 20. nec id ſolum intelligendum eſt, ubi emancipatus hæredi mulieris dotem reſtituere tenetur, ut in terminis textus in l. ſi quis ſic 56. ſolut. matrim. prout ex Accurſio ſenſit Goffredus, ſed etiamſi dotem lucratus fuerit in d. l. 2. C. famil. erciſc. prout rectius docent Cujacius ad pandect. & lib. 23. Digeſt. Jul. in §. 4. Suarez de Mendoza ad leg. aquil. lib. 1. cap. 5. ſect. 15. n. 13. quia licèt verum ſit quod ſi fuiſſet in poteſtate, & uxor in matrimonio deceſſiſſet, pleno jure dos ad patrem ſpectaſſet, & eo mortuo cum fratribus eſſet communis, id tantùm ex eo proveniret, quod pater propter onera matrimonii quæ ſuſtinuit, dotem quam lucratur non confert, ſed præcipuam retinet.

Ex eadem denique doctrina illuſtrandus eſt 24
textus in l. 2. §. emancipatus 4. de collat. bon. ubi elegans differentia ponitur inter actionem furti & injuriarum, ut emancipatus furti actionem conferat, quia eam in bonis habet, & ad hæredem poteſt tranſmittere l. 5. §. 1. de privat. delict. l. ſi domum 47. de furtis, & quia ſi fuiſſet in poteſtate rei peculiaris ſubreptæ nomine actio patri acquiſita fuiſſet, niſi res caſtrenſis peculii ſubrepta foret l. ſi quis uxori 52. §. an autem pater 6. textus ſic intelligendus cum Cujacio lib. 4. Juliani ad Urſeium ferocem in l. ſi filio 58. de furtis; actionem autem injuriarum non conferat, quia magis vindictæ quàm pecuniæ perſecutionem continet. Sed ſtatim occurrit difficultas ex eo quod ſi filius fuiſſet in poteſtate, duplex injuriarum actio patri acquiſita foret, alio proprio altera filii nomine l. in perſona 30. de pactis l. 5. §. item l. pater 11. cum pluribus aliis de injuriis, & emolumentum pecuniarum ex utraque reſultans patri acquireretur, ut pluribus relatis tenet Bellonus de jur. accreſ. cap. 7. quæſt. 42. n. 88. ac proinde in paterna hæreditate maneret: ergo emancipatus tam injuriarum quàm furti actionem conferre debebit, cujus difficultatis pondere oppreſſus Cujacius lib. 41. peculii ad edictum in d. l. 2. §. 4. exiſtimat id quod dicitur emancipatum injuriarum actionem non conferre, ita intelligendum eſſe ſi litem nondum fuerit conteſtatus paternæ mortis tempore, quo caſu ideo actionem non confert, quia nec jam in bonis habet l. injuriarum 28. de injur. Donel. 59. comment. cap. 11. nec poteſt ad hæredes tranſmittere l. pœnales 32. ad leg. Falcid. l. injuriarum 53. l. item 15. § injuriarum 14. de injur. ſin autem litem jam fuerit conteſtatus, cum pater deceſſit, injuriarum actionem confert, quia tunc in ejus bonis eſt, & ad hæredes poteſt transferri d. l. 13. & 28. de injur. l. un. C. ex d. defunct. & etiam perſecutionem continet §. 7. inſtit. de injur. & aliàs nec poſt litem conteſtatam ad hæredes tranſiret

l.

l. ſi vero 5. §. hæc autem 4. verſ. ſed ſi alius de his qui effud. vel eject. ſed melius Goffredus in d. §. ſi ex dodrante, n. 28. & Petrus Faber ad d. l. non ſolet de reg. jur. circa fin. aſſerunt emancipatum, etſi cùm pater moritur litem conteſtatus ſit, injuriarum actionem non conferre, quia bona ſolùm confert, injuriarum autem actione non agitur de damno reparando, ſed de contumelia vindicanda, l. Prætor 7. §. 1. de injur. & adhuc viget ratio qua utitur Paulus in d. §. 4. quod ſcilicet magis vindictæ quàm pecuniæ perſecutionem continet. Accedit & alia quam excogiravit ratio, ex qua ſimul occurritur propoſitæ dubitandi rationi, ſi filius in poteſtate exiſtens injuriam paſſus fuiſſet; injuriarum quidem ratio, ſeu actio patri acquiretur, ſed eo mortuo, propria filii eſſet, nec communis eſſet hæredibus patris ad quos non pertinet injuria, elegans textus, & ad rem gemma notandus in l. ſed ſi unius 17. §. ult. de injur. ergo emancipatus injuriam paſſus, non confert injuriarum actionem; nec enim confert quod etſi fuiſſet in poteſtate, mortuo patre, præcipuum retineret.

25 Ex his itaque omnibus apparet ea demum emancipatum conferre, quæ ſi fuiſset in poteſtate, patri acquiſiiſset, & eo mortuo cum fratribus communia forent, quod ſecurè quidem procedit, ſi ea adhuc extent paternæ mortis tempore; ſi verò jam conſumpta ſint, ſiquidem ſine dolo, non veniunt in collationem, l. 1. §. conferre 23. l. 4. de collat. bonor. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 71. de evict. ſin autem dolo, quia in bonis eſse cenſetur l. qui dolo 131. de reg. jur. cum ſimil. adhuc conferuntur d. l. 1. §. 23. ubi adjicitur, quia ea quæ emancipatus acquirere neglexerit, non conferuntur; qui enim id agit ne acquireret, ſibi etiam inſidiatus eſt, conducunt ab argumento textus in l. profectitia 5. §. ſi pater 5. de jur. dot. l. 5. §. ſi maritus 13. cum trib. ſeq. de donat. inter l. ſi poſtulanti 67. §. 1. ad Trebellian. junctis quæ tradunt Oſſuald. lib. 23. cap. ult. litt. C. Arias de Meſsa 2. var. cap. 41. per tot. D. Serna ad §. item ſi quis in fraudem 6. inſtit. de action. ex n. 8. veluti ſi vivo patre, legatum repudiaverit, aut ad peculium caſtrenſe filii ſui admitti noluerit; nec enim ideo alienat argum. textus in d. l. 67. §. ſed & ſi filius 2. ad Trebel. quidquid dicat Coſta in §. cum in bello, verbo *patris* n. 6. & 7. pariter quæ cùm tempore mortis patris extarent, dolo emancipati poſtea perierunt, collationi ſubjiciuntur l. 2. §. de illis 2. de collat. bonor. quapropter ultra Interpretes noviter exiſtimo, quod legatum cujus dies jam ceſserat paternæ mortis tempore, poſtea ab emancipato repudiatum, venit in collationem arg. textus in d. l. 1. §. 22. de collat. bon. quia ſi filius fuiſset in poteſtate, relictum ei legatum, quamvis nondum agnitum in paterna hæreditate inveniretur, nec poſset ipſe partem legati fratribus auferre, ſed duntaxat ſuam partem repudiare ex regula textus in l. legatarius 38. de legat. 1. ergo nec repudiatio legati facta ab emancipato fratribus ſuis hæredibus poteſt nocere, & jus collationis minuere. Confirmatur hæc mea ſententia eleganti exemplo: repudiatio legati facta ab hærede legatarii neque minuit partem debitam patrono ex lege Papia, neque legata quoad rationem Legis Falcidiæ, l. liberto 26. de bon libert. illuſtr. Ramoz. lib. 4. ad Leg. Jul. & Pap. reliq. 17. n. 9. Valcron. lib. un. animad. cap. 14. ergo nec repudiatio legati facta ab emancipato poſt mortem patris poteſt jus collationis minuere. Nec obſtat quod repudiatio legati facta ab emancipato poſt mortem patris, in necem creditorum, non reſcindatur per actionem Paulianam, l. quod autem 6. §. & illud 4. quæ in fraud. credit. l. 1. §. utrum 6. ſi quid in fraud. patr. non diſpar eſt cauſa creditorum quibus non poteſt in propoſito conſuli per Paulianam quæ nec repudiandi legati facultatem impedire, nec ſemel factam repudiationem poteſt revocare, cùm ſolùm pertineat ad diminuentes, non ad augentes patrimonium, & ſuorum hæredum, quibus etiam non revocata legati repudiatione, rectè conſulitur dum legatum repudiatum adhuc in bonis eſſe cenſetur quoad effectum collationis, ita ut emancipatus vel rei legatæ æſtimationem conferat, vel tanto minus ex hæreditate accipiat, quo etiam modo collationem fieri poſſe probat textus in d. l. 1. §. ſed & ſi tantum 12. de collat. bonor. quam ſequenti capite explicabimus.

Ad eamdem doctrinam deſumptam ex d. l. 26
2. §. 2. de collat. bonor. referendi ſunt textus in l. 1. §. is quoque 14. l. ſi quis filium 5. eod. tit. ubi filius in poteſtate patris adoptivi, qui à patre naturali ex minore parte hæres inſtitutus, commiſſo edicto, agnovit bonorum poſſeſſionem contra tabul. per ſe non confert, cùm nihil habeat quod conferre poſſit; ſed quia quidquid acquiſivit, patris adoptivi eſt, confert pro eo pater adoptivus ad quem bonorum poſſeſſionis commodum pertinet; ea omnia quæ filius ſi in adoptionem datus non eſſet patri naturali acquiſiſſet, confert, l. 2. de dot. collat. niſi forſan nullum ex his bonis fructum velit acquirere, & filium emancipaverit, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum poſſeſſionis perveniat; tunc enim nec pater adoptivus confert, utpote jam extincta adoptione, cujus poſt emancipationem nullum fere remaneat veſtigium, l. in omni 13. de adopt. nec filius emancipatus qui nihil habet quod conferat, ſed exulat nudus à poteſtate, l. 1. & 2. & fere per tot. tit. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt, ut exprimitur in d. l. 1. §. 14. quo tempore fratres nullum jus habent ad collationem d. l. 1. §. 8. l. 3. in prin. de collat. bonor. poſt agnitam verò bonorum poſſeſſionem jus quæſitum fratribus, ad collationem non extinguitur poſt ſupervenientem emancipationem, argum. textus in l. 10. §. patronum 2. de in jus vocando l. 1. §. nepos 2. ſi quis à patrono fuer. emancipatus, l. liberos 49. de bonis libert. junct. D. Retes 1. opuſc. cap. 21. n. 2. Rurſus id ita procedit ſi ſine dolo emancipatio fiat, aliàs ſi fraus interceſſerit, adhuc collationi locus eſt ex dictis juribus, quorum ſententia ex eo difficilis redditur, quod in hujuſmodi emancipatione nulla videtur intervenire poſſe fraus quæ neceſſitatem collationis inducat, nec ex parte patris adoptivi, qui in emancipando filium jure ſuo utitur, ac proinde dolo caret, l. nullus 55. de Reg. jur. nec ex parte filii, qui dum ſe emancipari deſiderat, id agit ut paterfamilias fiat, & capax acquirendi lucrum bonorum poſſeſſionis, neque dici poteſt fraudem intervenire poſſe, ſi forſan eo animo pater filium emancipavit, & eum poſt agnitam ſine onere collationis bo-

norum poſſeſſionem iterum adoptaret, prout poſt hæc ſcripta video ſenſille academiæ noſtræ ſubtiliſſimum Primatium, Præceptoremque meum D. D. Joſeph. Nunez de Zamora in commeut. ad d. l. 1. §. 14. de collat. bonor. n. ult. quia expeditum eſt adoptivum ſemel emancipatum iterum adoptari non poſſe, l. adoptare 37. §. 1. de adopt. Quapropter omiſsâ potiuſquam relictâ aliâ explicatione, D. Retes in adverſ. de leg. præſt. cap. 14. n. 3. qui terminos fraudis ponit in ſimulata exiſtimatione, exiſtimabam fraudem intervenire ſi adoptivus pater filium ea lege emancipaverit, ut commodum bonorum poſſeſſionis ei reſtitueret, acceptâ in eam rem expromiſſione, quo pacto ſolebant ſæpe parentes in emancipando ſibi conſulere, nec turpis erat cauſa ſtipulationis, imo houeſta, nimirum ut filii in officio continerentur, l. 1. §. ſi parens 3. ſi quis à parent. man. ſit l. utrum turpe 107. de verb. oblig. quo caſu meritò pater etiam poſt emancipationem onus collationis ſuſtinet, ne & acquiſita per filium retineat, & in ſuorum hæredum præjudicium emolumentum bonorum poſſeſſionis acquirat.

27 Similis alter caſus extat in d. l. 5. de collat. bonor. l. emancipato 4. de conjung. cum emancip. l. ſi pater 6. ſi tab. teſtam. nul. ext. in quibus nepos ex filio emancipato in avi poteſtate retentus, ex mente edicti admittitur ad patris ſucceſſionem unà cum fratre poſt emancipationem ſuſcepto, ita tamen ut avus qui bonorum poſſeſſionis commodum ſentit, conferat bona quæ patri acquiſita fuiſſent, niſi nepotem emancipaverit; tunc enim nec avus confert, cum non capiat emolumentum ſucceſſionis, neque nepos qui nihil habet quod conferat, ut diximus de adoptivo emancipato, nec frater eo nomine quæri poterit, qui avo quandocunque defuncto habiturus eſt partem eorum bonorum quorum nunc deſiderat collationem, quod de patre adoptivo dici non poteſt, ut conſtat ex d. l. 5. unde Goffredus in eo textu, & noſter Valentia lib. 3. illuſtr. tract. 2. n. 14. illud inferunt diſcrimen inter hunc caſum, & eum quem antecedenti n. explicuimus, ita demum per emancipationem filii adoptivi excluditur onus collationis, ſi in ea nulla fraus interceſſerit; at in præſenti indiſtinctè poſt emancipationem ceſſat neceſſitas collatiunis propter ſpem quam habet frater ſuus hæres percipiendi partem bonorum, avo decedenti, quam opinionem probant ex eo quod in primo caſu ſuperior diſtinctio adhibetur in d. l. 1. §. 14. in ſecundo autem omittitur in d. l. 4. & 6. & fortius ex eo quod iu d. l. 5. ubi uterque caſus ventilatur, ſimpliciter dicitur avum poſt emancipationem non conferre, patrem autem adoptivum ita ab onere collationis ſubduci ſi ſine dolo emancipaverit; ſed omiſſo D. Retes ubi ſupra dicendum judico in utroque caſu eamdem diſtinctionem ſervari, & avum qui dolo nepotem emancipaverit, ad collationem urgeri, ut probatur ex d. l. 5. ubi dicitur quod avus non confert, ſi nullum ex his bonis fructum acquirere vult, paratuſque eſt de poteſtate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum poſſeſſionis perveniat: ergo ſi cum dolo emancipaverit, eo modo quem jam dixi, ut ſucceſſionis lucrum reſtitueret, tenebitur conferre, ſic enim omiſſo Oroz 1. de apicibus cap. 3. n. 15. cum ſeq. prædicta verba intelligo, quæ meam conjecturam antecedenti n. expenſam mirificè confirmant. Ex eis ſupplenda eſt ſuperior diſtinctio in d. l. 4. nec tunc obſiat ſupra expenſa ratio, quæ ut innuitur in d. l. 5. non eſt finalis, ſed impulſiva; nec enim ſola ſpes fallibilis percipiendi partem bonorum poſſet de præſenti collationem excludere, alioquin etiam non ſecuta emancipatione, avus non conferret, cùm eadem detur ſpes, in utroque ergo caſu eadem eſt ratio finalis, quæ eamdem inducit diſtinctionem; hæc autem omnia ex recta juris ratione procedunt, & reſcripta Divorum Fratrum & D. Marci, quibus in præfatis juribus utuntur Conſulti, ex abundanti fuerunt omiſſa, ut animadvertit D. Retes d. cap. 14. n. 2.

28 Nec dolum duntaxat præſtat emancipatus in his quæ in bonis habuit, cùm pater deceſſit, ſed & culpam d. l. 2. §. 21 de collat. bonor. ubi ſcribit Paulus quod plerique putant ea quæ ſine dolo & culpa perierunt, ad collatioius onus non pertinere, circa cujus textus expoſitionem nullum habeo quem ſequar; dicam ergo quæ excogitavi: omnes conſulti in eo conſentiebant quod emancipatus præſtaret dolum & culpam, quo nomine in uſuris levis culpa ſignificatur, l. 5. nunc videndum s. commodati, l. contractus 23. de Reg. jur. lata enim culpa dolus eſt, l. quod Nerva 32. depoſiti in eo tamen diſſidebant, an leviſſimam etiam culpam & caſum fortuitum præſtaret, & ſuper eo fuiſſe quæſtionem conſtat ex d. §. 2. ubi non ait Conſultus: *plerique putant quod dolum & culpam præſtat*; & ita loquitur: *plerique putant, ea quæ ſine dolo & culpa perierint, ad collationis onus non pertinere*; quod longè eſt diſſimile; indicat enim aliquos exiſtimaſſe etiam ea quæ ſine dolo & culpa perierint, in collationem venire, & emancipatum leviſſimam culpam præſtare, forſitan ex eo quod cùm in collationem ſolius emancipati utilitas verti videatur, qui non aliter cum effectu ad bonorum poſſeſſionem admittitur, quàm ſi bona conferat, hoc ipſo leviſſimam culpam præſtare dicendum eſt ex regula textus in d. l. 5. §. in rebus 18. commodati, imo & caſum fortuitum; quia cùm ad collationem tempus paternæ mortis attendatur, caſus fortuitus poſtea ſuperveniens non in ſuorum hæredum, ſed in emancipati diſpendium cedere debere videtur, ſicuti quia ad ineundam rationem Legis Falcidiæ tempus mortis teſtatoris expectatur, caſus fortuitus poſtea contingens non præjudicat legatariis, ſed hæredi, l. in ratione 30. l. in quantitate 73. ad Leg. Falcid. §. quantitas 2. inſtit. cod. tit. ſed licèt hæc ſpecioſè dicantur, meritò prævaluit contraria & communior ſententia exiſtimantium quod emancipatus levem tantum culpam præſtat, de leviſſima autem, aut fortuito caſu non tenetur, quia collatio fit non modo in gratiam emancipati, ut cum effectu bonorum poſſeſſionem agnoſcat, ſed & in compendium ſuorum hæredum, ut damnum eis illatum per emancipati concurſum reſarciatur; ubi autem duorum utilitas vertitur in ultimis voluntatibus, ſicuti in contractibus, dolus duntaxat & culpa præſtantur, d. l. 5. §. 2. commod. l. ſi ſervus 108. §. cum quid 12. de leg. 1. accedit quod Prætor boni viri arbitratu jubet collationem fieri d. l. 5. §. 1. de collat. bonor. vir autem bonus non eſt arbi-

traturus emancipatum conferre id quod ſine dolo & culpa deſiit in bonis habere, ut dicitur in d. §. 2. nec obſtat exemplum Legis Falcidiæ; nam evidens eſt ratio differentiæ: Lex Falcidia, mortuo teſtatore, ſtatim operatur; & vel legata dodrantem excedentia reſecat, vel intra dodrantem conſiſtentia, illibata relinquit, & ea ratione fortuiti casûs qui poſt mortem teſtatoris adveniunt, onerant hæredem; etſi edictum autem de collationibus, etſi tempus paternæ mortis attendat non ſtatim vires egerit; ſed ubi emancipatus bonorum poſſeſſionem agnoverit, in cujus diſpendium fortuitos caſus cedere iniquum eſſet. Sed argues, ex d. l. 2. §. 2. ubi ea ſolum non conferuntur quæ ſine culpa perierunt: ergo emancipatus etiam de leviſſima culpa tenetur. Verùm licèt hic textus Accurſium & Goffredum deceperit, facilè reſpondeo, quod culpa leviſſima, quia vix culpa eſt, ut nomen ipſum indicat, nonnunquam cum caſibus fortuitis ad quos proximè accedit, excludi intelligitur, ut in l. ſi creditor 5. C. de pignor. act. l. in judicio 28. C. de locato cum aliis quod & fit in d. §. 2. nec etiam obſtat textus in d. l. 1. §. 23. de collat. bonor. ubi ideo emancipatus dolum, non etiam culpam præſtat, quia textus loquitur de his quæ, vivo patre, in bonis eſſe deſierunt, quo tempore, cùm de collatione quæri non poſſit in rerum ſuarum adminiſtratione, non eſt ab eo culpa exigenda; ut in non diſſimili ſpecie aiebat Pomponius in l. etiam filios 18. §. 1. ſolut. matrim. poſt mortem autem patris cùm jam emancipatus collationi ſit obnoxius ſaltem in caſum quo bonorum poſſeſſionem agnoverit; meritò propter jam dictam rationem præter dolum, culpam quoque præſtare tenetur.

29 Vidimus jam quæ bona emancipatus conferre teneatur; nunc ſciendum eſt ex bonis obnoxiis collationi æs alienum deducendum eſſe, & id intelligi filium in bonis habere quod, deducto ære alieno ſupereſt d. l. 2. §. 5 de collat. bonor. l. 5. in fine C. hoc tit, juncta generali regula textus in l. mulier 77. de jur. dot. l. ſubſignatum 39. §. 1. de verb. ſignif. cui adſtipulatur Caſſiodorus lib. 7. variar. epiſt. ult. id autem procedit in ære alieno vivente patre contracto, non in eo quod poſt mortem ejus contractum eſt, per quod collatio minui non debet, ſicuti nec minuitur per alienationem eo tempore ſupervenientem; illico tamen occurrit, quod ſi filius fuiſſet in poteſtate, æs alienum quod vivo patre contraxiſſet, ipſum duntaxat non fratres oneraret; l. 2. quod cum eo argum. textus in l. 20. §. idem ſcribit 6. famil. erciſc. ergo emancipatus ex bonis quæ conferre tenetur, æs alienum detrahere non poteſt; cui difficultati reſpondeo verum quidem eſſe quod ſi filius in poteſtate extitiſſet, æs alienum, ſuperſtite patre contractum proprium ejus eſſet; nec fratres prægravaret; ſed non inde inferri quod emancipatus ex bonis conferendis æs alienum deducere non poſſit; quia edictum de collationibus totum nititur æquitate; quæ non patitur ut in conferendo æs alienum deducatur, quod veriſimile eſt contractum fuiſſe intuitu patrimonii acquiſiti aut acquirendi beneficio emancipationis; forſitan enim ſi fuiſſet in poteſtate, nec æs alienum contraxiſſet, nec tam ampla bona patri acquiſiiſſet ac poſt emancipationem acquiſiiſſet; ad hæc ſi fuiſſet in poteſtate, forſan peculium habuiſſet, & patrem ex contractibus peculio tenus obligaſſet, ejus obligationis nomine omnes hæredes patris tenerentur pro partibus peculiaribus, quæ penes ipſos eſſent, l. ſi quis 29. l. ſi ex duobus 32. de peculio, & licèt creditor poſſet vel omnes hæredes pro partibus peculiaribus convenire, vel in ſolidum adverſus filium cum quo contraxit, experiri; non modo ante diviſam hæreditatem, l. his conſequenter 38. §. ſi filiusfamilias famil. erciſc. ſed & poſt factam diviſionem, l. quæſitum 30. §. ſin verò 3. de peculio quod ejus arbitrio relinquitur contra textum ſic intelligendum in l. 4. quod cum eo, poſſet tamen filius in ſolidum conventus per exceptionem doli conſequi, & ſibi cederentur actiones adverſus cohæredes, & ſic quoad effectum ſolum pro peculiari parte conveniretur d. l. 38. §. 5. & d. l. 30. §. 3. ergo meritò emancipatus ex bonis quæ conferre jubetur, æs alienum vivo patre contractum, deducere poteſt.

Multum autem intereſt an purè, an ſub conditione æs alienum contractum ſit; purum debitum ſtatim deducitur, conditionale autem, pendente conditione, conferre jubetur, ita tamen ut ſuus hæres cui collatio fit, caveat, exiſtente conditione, ſe defenſurum emancipatum pro ea parte quam contulerit, ut ſcribit Paulus in d. l. 2. §. 1. de collat. bonor. Idemque exiſtimo dicendum eſſe ſi debitum in diem contractum ſit; nam & ſi præſens ſit obligatio l. centeſimis 46. de verb. oblig. in diem differtur ſolutio, nec æquum eſſet medii temporis commodo ſuum hæredem privari, argum. textus in l. ait Prætor 10. §. ſi cum in diem 12. l. omnes 17. §. ult. quæ in fraudem credit. Probatur hæc opinio ſpecioſa paritate deſumpta ex l. omne 27. cum l. ſeq. pro ſocio, ubi poſtquam dixit Paulus, diſtracta ſocietate, omne æs alienum quod, ea manente, contractum eſt, de communi ſolvendum eſſe; ſubjungit quod ſi aliquis ex ſociis ſub conditione vel in diem pecuniam debeat; non poteſt debitum tanquam præſens deducere; ſed illud communicare cogitur, dummodo caveant ſocii cùm dies venerit, vel conditio extiterit, defenſum iri ſocium: ergo pariter cùm agitur de deducendo ære alieno ex bonis quæ conferuntur; quod in diem debetur non puro ſed conditionali debito ſimile eſſe debet. Hæc ſecurè quidem procedunt in debito conditionali ex contractu; ſin autem emancipatus aliquid debeat ex teſtamento ſub conditione, veluti ſi cùm extraneus hæredem inſtituerit, & legatum ſub conditione reliquerit; quæritur an ſuus hæres, cui confertur; cavere teneatur emancipatum adverſus legatarium defenſum iri in caſum exiſtentis conditionis; movet dubitationem quod legatum ante exiſtentiam conditionis non debetur, & ea ratione non confertur; ut ex d. l. 2. §. 3. diximus n. 2. ergo æs alienum è contrario ex cauſa legati conditionalis non poteſt deduci adhuc in caſum exiſtentis conditionis tempore; quod in legatis obſervatur; & ita cenſuit Goffredus in d. l. 2. §. 1. mihi tamen alia ſententia ſedet; & ſola juris ratione duce, ſequenti diſtinctione rem expediendam exiſtimo; aut emancipatus à quo legatum ſub conditione relictum eſt; adivit hæreditatem poſt mortem patris, & tunc nihil ex his quæ ex ea cauſa hæreditariis creditoribus aut legatariis etiam purè 30

deberi cœperit, deducere poteſt; quia, ut jam dixi, debitum poſt mortem patris contractum collationem non minuit; aut jam adierat hæreditatem, cùm pater deceſſit, & tunc quidquid eo nomine etiam ſub conditione creditoribus aut legatariis debeat, poteſt deducere in caſum exiſtentis conditionis, & interim confert, exacta cautione idemnitatis; quia licèt legatarius conditionalis, pendente conditióne, nec ſpem in bonis habeat, nec creditor ſit, & ea ratione legatum non conferat, hæres tamen à quo legatum relictum eſt, adhuc pendente conditione quodam modo debitor intelligitur, vel ut ex eo dignoſcitur, quod etſi legatarius ſpem legati conditionalis ad hæredem non transferat, hæres tamen, quamvis pendente conditione moriatur, hæredem ſuum relinquit obligatum in eum caſum quo conditio extiterit, l. qui uſumfructum 36. §. in fine de uſufruct. l. legatum 65. de condit. & demonſt. l. fundo 4. L. Falcidiæ 24. §. 1. ad Leg. Falcid. Oroz obſervat. 1. de apicibus cap. 12. n. 43. cum ſeq. Quapropter emancipatus dum confert quod debet ex cauſa legati conditionalis, jure deſiderat idemnitatis cautionem, cùm debitum vivo patre contractum intelligatur. Confirmatur mea opinio ex eo quod licèt Paulus in d. l. 2. §. 3. dum diſputat de conferendo eo quod emancipato debetur ſub conditione legata à contractibus ſeparavit, tamen in d. §. 1. ejuſdem Legis dum diſſerit de eo quod emancipatus debet ſub conditione, nullum diſcrimen inter legatum & contractus conſtituit, ſed indiſtinctè docet id quod emancipatus debet ſub conditione exacta cautione idemnitatis conferendum eſſe.

31 Quæ omnia rectè dicuntur, ſi omnia bona quæ emancipatus, vivente patre, acquiſivit, onus collationis ſuſtineant; tunc enim ex omnibus deducendum eſſe æs alienum, ſin autem quædam collationi ſint obnoxia, quædam ab onere collationis immunia veluti caſtrenſia; putat Goffredus in d. l. 2. §. 1. inſpiciendum eſſe, quorum intuitu æs alienum contractum ſit, ita ut ſi caſtrenſium, ſit onus caſtrenſium, ſi paganicorum paganici patrimonii ſit onus, quaſi duorum hominum diverſa ſint patrimonia, niſi alterutra pars bonorum æri alieno ex cauſa contracto non ſufficiat, quo caſu pro reſiduo onus erit alterius partis, argumento textûs in l. ſi certarum 17. §. 1. de teſtam. milit. & adjicit aliud eſſe dicendum ſi bona à collatione exempta, non ſint caſtrenſia ſed quaſi caſtrenſia, vel dignitatis nomine à patre accepta, quia non ſicut caſtrenſia, ſic & cætera bona quæ collationem effugiunt, eo privilegio funguntur, ut quaſi duorum hominum diverſa patrimonia intelligantur. Certius tamen mea quidem ſententia æs alienum communiter eſſe deducendum pro rata ex omnibus bonis tam caſtrenſibus quàm paganicis, & id ſolum quod à paganicis ſuperfuerit conferendum eſſe; nam in jure pagani creditores à caſtrenſibus non ſeparantur, ſed omnium æquale jus eſt, l. ſi caſtrenſe 7. de caſtrenſ. pecul. niſi in ſpeciali caſu textûs in l. 1. §. ſi filiifamilias 9. de ſeparat. junct. l. 3. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt. Pro quarum explicatione, omiſſo Amaya 2. obſerv. cap. 17. conſulendus D. Retes 1. opuſc. cap. 3. n. 14. facit celebris & ſingularis textus in l. Titius 54. verſ. cùm enim de conferendis ad Trebell. ubi cùm emancipatus haberet quædam bona collationi obnuxia, alia autem caſtrenſia; refert Papinianus Imperatorem conſtituiſſe ſumptus in militia factos non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis pati debuit, ſed pro rata etiam caſtrenſis pecuniæ deducere oportere: ergo & æs alienum vivo patre contractum ex omnibus pro rata deducendum erit; nec aliud ſuadet textus in d. l. 17. §. 1. de teſtam. milit. in quo ideo paganici creditores à caſtrenſibus ſeparantur, quia miles alium ex caſtrenſibus, alium ex cæteris bonis hæredes ſcripſit; at ſi unicum hæredem inſtituerit, nulla fieret creditorum ſeparatio, ſed æs alienum communiter ſolvi oporteret, ut indicatur in d. l. 17. §. 1.

Succedit jam poſtrema noſtri capitis pars, 32
quota ſcilicet bona conferantur, & regulariter emancipatus tantum ex propriis bonis confert, quantum ex paternis aufert, & ſuam perſonam numerat in partibus faciendis, l. 1. §. ult. de collat. bonor. ut ecce ſi fratri in familia retento ſemiſſem paternæ hæreditatis auferat, dimidiam partem bonorum confert, & aliam dimidiam retinet, d. l. 1. §. ult. ſi verò minus auferat, minus confert, d. l. 1. §. ſi ex dodrante 3. ubi cùm filius qui erat in poteſtate, fuiſſet inſtitutus ex dodrante, extraneus ex quadrante dicitur, quod emancipatus agnoſcens bonorum poſſeſſionem contra tabulas pro quadrante ſolùm bona confert, quia ſolum quadrantem patri aufert. Verùm quæritur an in hujuſmodi ſpecie emancipatus conferat quadrantem bonorum, an trientem; & Cujacius ad d. l. 1. de collat. bonor. & lib. 3. obſerv. cap. 29. exiſtimat quod trientem bonorum confert, quia etſi ex univerſa hæreditate ſolum quadrantem patri auferat, tamen ex portione fratris trientem aufert; quadrans enim totius hæreditatis trien. eſt dodrantis, ex quo frater fuit inſtitutus, & id quod dicitur emancipatum tantùm conferre quantùm aufert, non ita intelligendum ut conferat pro rata ejus quod aufert ex univerſa hæreditate, ſed imo ut conferat pro rata ejus quod ex portione ſui hæredis aufert, ut probari videtur ex d. l. 1. §. nunc videamus 24. de conjung. ubi cùm eſſet filius ſuus alter emancipatus, & nepotes ex eo in poteſtate retenti, aſſeritur quod emancipatus ſolis nepotibus dimidiam partem bonorum confert, quia licèt ex tota hæreditate quadrantem duntaxat auferat, d. l. 1. §. ſi inter ipſum 11. de conjung. tamen ex portione nepotum dimidiam partem aufert; quadrans enim totius hæreditatis ſemis eſt ejus partis quæ jure civili ad nepotes pertineret, ni emancipatus cum eis concurreret: æquius tamen & edicto conformius judico, ut emancipatus ſolum conferat pro rata ejus quod auferat ex univerſa hæreditate, in quo ſolùm irrogat injuriam, & quod in d. §. 3. quia totius hæreditatis quadrantem ſolùm aufert, quadrantem duntaxat totius hæreditatis conferat, ut manifeſtè oſtendunt illa verba d. §. 3. ibi: *pro quadrante tantùm bona ſua collaturum*: quæ immeritò detorquet Cujacius, & idem, meo judicio, procedit, ubi duo ſunt filii, alter ſuus, alius emancipatus, & nepos ex eo in poteſtate retenti; nam emancipatus nepotibus quibus quadrantem aufert, quadrantem ſolùm confert, ut mihi probat textus in d. §. 3. verſ. argum. ubi id quod dixit Ulpianus, emancipatum fratri ex dodrante inſtituto ſolum quadrantem conferre

cogitur, ſcilicet quadrantem, prout in priori ſpecie: nec tunc obſtat textus in d. l. 1. §. 14. ubi quod docetur emancipatum nepotibus ex eo natis dimidiam bonorum partem conferre, eo caſu procedit quo ipſe ſolus ex nepotibus concurrit, quibus cum ſemiſſem hæreditatis auferat, meritò dimidiam partem confert; quod autem textus de illo caſu loquatur, ex eo non obſcurè colligitur quod in verſ. *nam etſi alius*, ubi mutati ſpeciem vel Cujacius ipſe fatetur, proponitur alius filius in poteſtate: ergo principium textus in emancipato, ſolùm cum nepotibus ex ſe procreatis concurrente, neceſſariò procedit.

33 Hæc obtinent indiſtinctè ubi duo duntaxat ſunt filii, alter ſuus, & emancipatus alter. Cæterum ſi plures ſunt ſui hæredes aut plures emancipati, plus in quantitate confertur quàm aufertur, ut ecce ſi duo ſunt filii in familia retenti, emancipatus trientem ſolum bonorum paternorum aufert, & tamen ſingulis fratribus trientem bonorum conferret, & ſic cum auferret trientem, beſſem confert, veluti ſi trecenta in bonis habeat ducenta fratribus confert, & ſibi centum retinet d. l. 1. §. ult. de collat. bon. cujus diſtributionis vera ratio ex eo provenit, quod emancipatus quoad conferendum media reſciſione emancipationis, creditur fuiſſe in poteſtate, & redigitur ad conceptum ſui hæredis; conſtat autem quod ſi revera fuiſſet in poteſtate, fere quidquid patri acquiſiiſſet ex æqualibus portionibus cum fratribus commune eſſet: ergo & collatio pro virilibus portionibus fieri debet: id autem fallit ſi plures ſui hæredes unius perſonæ vice fungantur veluti ſi ſint duo pluresve nepotes ex altero filio aut emancipato in poteſtate retenti, quibus emancipatus dimidiam ſolum partem bonorum confert, quaſi omnes unus eſſent, l. ſi nepotes 2. in prin. de collat. bon. d. l. 1. §. 14. in prin. & §. eveniet 15. de conjug. quia inter eos hæreditas non in capita, ſed in ſtirpes dividitur, etſi emancipatos fuiſſet in poteſtate ejus, quod patri acquiſiſſet, dimidiam duntaxat partem omnes nepotes perciperent ex regula textùs in §. cum filius 6. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. Rurſus ſi plures ſint emancipati, ſi unus ſive plures ſint ſui hæredes, plus emancipati conferunt quàm ferunt ex hæreditate, quod citra controverſiam procedit, ſi plures emancipati ex filio prædefuncto, qui ita conferunt patruo qui manſit in poteſtate, quaſi omnes unus eſſent, d. l. 2. in fin. de collat. bon. ubi ſi ſint filius in poteſtate, & ex altero jam præmortuo duo nepotes emancipati, hæreditatis ſemiſſem filius habet, alter ſemis jure Prætorio pertinet ad nepotes, quorum ſinguli quadrantem bonorum auferunt, & tamen quilibet ſemiſſem bonorum patruo confert ex ea evidenti non minus quam eleganti ratione; quia ſi in avi poteſtate fuiſſent, & eo vivo ducenta forte acquiſiiſſent, centum filius, centum duo fratres nepotes ſcilicet emancipati per hæreditatem avi haberent ex d. §. 6. inſtit. de hæred quæ ab inteſt. defer.

34 Verùm & ſi plures emancipati unius perſonæ vice non fungantur quoad ſucceſſionem, uni vel pluribus ſuis hæredibus plus conferunt quam auferunt, & omnes emancipati in conferendo unius emancipati vicem ſuſtinent, quippe cùm ſibi invicem conferre non poſſint d. l. 9. C. hoc tit. inducitur fictio ſuppreſſiva perſonarum, quæ efficit ut ſolum ſuorum hæredum habeatur ratio, & collatio emancipatis invicem prodeſſe non poſſit, l. 3. §. Julianus 2. de collat. bonor. Quod exemplo manifeſtius fiet ſi duo ſint filii ſui & duo emancipati, quilibet emancipatus aufert quadrantem, confert tamen trientem ſingulis fratribus in familia retentis, veluti ſi ſinguli habent trecenta, quilibet ducenta confert, & centum retinet d. l. 1. §. ult. de coll. bon. vel ſi, ut proponitur in d. l. 3. §. 2. pater quadringinta reliquerit, & duos filios emancipatos, duos in poteſtate, ex quibus alter centum, ſexaginta alter in bonis habet, quilibet emancipatus ex bonis paternis centum aufert, & tamen qui centum habuit in bonis, fratribus confert ſexaginta & ſex, & retinet triginta tria, & trientem unum ex tribus, in quos dividitur pars quæ ſupereſt ex centum, quæ conjuncta cum centum, quæ percipit ex bonis patris efficiunt centum triginta tria & trientem unum; is verò qui ſexaginta in bonis habet, confert quadraginta, & viginti retinet, quæ juncta cum centum, quæ ex paternis bonis conſequitur, centum viginti conſtituunt, ut explicat Cujacius lib. 21. ff. Julian. d. l. 3. §. 2. de collat. bon. aliud exemplum ſuppeditat textus in l. 2. §. ſi tres emancipati 5. eod. tit. proponuntur ibi tres emancipati, & duo in poteſtate, dicitur quod etſi emancipati ſinguli quintam partem auferant ex hæreditate, conferunt tamen ſingulis ſuis hæredibus trientem bonorum. Sed contra hanc doctrinam duplex occurrit difficultas; prima, ex eo quod cum emancipatus quoad conferendum in poteſtate fuiſſe credatur, nec ob aliam rationem conferat, quàm quia ſi fuiſſet in poteſtate, quæcunque acquiſiiſſet, in paterna hæreditate invenirentur, & cum fratribus communia forent, ut toties diximus, videbatur in bonis conferendis eaſdem portiones fieri debere, quæ in paternæ hæreditatis diſtributione ſervantur, ac proinde etiam plures emancipatos uni vel pluribus ſuis hæredibus non plus conferre debere quàm auferunt, quia ſi omnes fuiſſent in poteſtate, non amplior pars ex bonis ab ipſis acquiſitis ad fratres pertineret. Secunda, quia poſita prædicta ratione collationis faciendæ, omnia perinde cenſentur ac ſi bonorum poſſeſſionem non agnoviſſet emancipatus, qui cum ſemper vel tantum, pluſve conferat quàm aufert, nunquam lucrum bonorum poſſeſſionis ſentit, imo nunquam damnum experitur. Quibus dubitationibus ut ordine ſatisfaciam: primæ reſpondeo, quod reſciſio emancipationis quoad effectum collationis in ſuorum hæredum compendium inducitur, non in gratiam emancipatorum, quorum perſonæ ſigillatim non enumerantur, ſed unius vice funguntur, nec invicem collatio ipſis prodeſt, ut dicitur in d. l. 3. §. 2. & conſideranti patebit; conſtat autem quod unus emancipatus plus conferret quàm auferret, ut dixi n. antecedenti. Secundo dico quod traditur emancipatum tantum plus conferre quàm aufert, intelligi in ratione quotæ partis, non in ratione quantitatis, & ſæpe fieri poſſe ut emancipatus qui in ratione quantitatis aut plus confert quàm aufert, amplum lucrum ex hæreditate conſequatur, quia opulenta forſan ſit, & longè ſuperet vires patrimonii quod habet emancipatus; ſin autem venerit ut etiam in ratione quantitatis plus conferat, ſibi debet imputare; nec profectò eſt cur

conquæratur cùm liberum ei fuerit bonorum poſſeſſionem omittere, ut ſcribitur in d. l. 2. §. 5. nec eſt quod dicat aliquis inanem tunc reddi bonorum poſſeſſionem; etenim nec aliud poteſt contingere poſitâ reſciſione emancipationis, etſi emancipatus fuiſſet in poteſtate; hæreditas paterna, etſi ſolùm ex bonis ab eo acquiſitis conſtaret, cum fratribus eſſet communis; ſic docet, licèt non ſic explicet Cujac. lib. 41. Paul. ad edict. in d. l. 2. §. 5.

35 Ex quibus venit intelligendus textus in d. l. 1. §. 14. verſ. neget ſi alius de conjung. ubi ſi ſint filius in poteſtate, & duo emancipati primus & ſecundus, et ex primo nepotes in poteſtate retenti, aſſeritur quod ſecundus emancipatus unam partem confert fratri in familia retento, aliam nepotibus, quaſi unus eſſent, & tertiam ſibi retinet, quæ quidem diſtributio admitti non poſſe ex eo videtur quod nepotes in præſenti non percipiunt tertiam partem hæreditatis, ſed ejus dimidiam; altera enim dimidia pertinet ad primum patrem eorum: ergo ſecundus filius emancipatus non tertiam partem bonorum, ſed ejus dimidiam nepotibus conferre tenetur; ſed deciſiva ratio in eo ſtat, quod in cauſa collationis ſoli ſui hæredes numerentur, nec ulla emancipatorum ratio habeatur, nepotes perinde tertiam partem hæreditatis habere intelliguntur, cùm de eo agitur, ut eis conferatur, ac ſi pater eorum emancipatus non eſſet in rerum natura, ut dixiſſe videtur Goffredus in d. §. ex dodrante n. 31. unde poſſet noviter forſan illuſtrari textus in d. l. 1. §. ſi ſit filius 16. de conjung. ita ut difficultati quam ex eo deduxi ſuperiori cap. n. 10. omiſsâ ſolutione quam præſtiti n. 11. & præter relatos ſequitur Santolaria interpretat. 17. reſpondeatur Conſultum in d. §. 16. non aſſerere utrique nepoti conferendum eſſe, ſed ei qui in familia retentus fuit, dicere tamen iſtis & nepotibus conferre, quia eadem portio uni confertur quæ ambobus conferenda foret, ſi uterque fuiſſet in poteſtate, ut dicitur §. 14. Confirmatur hæc ſolutio ex d. textu ubi Conſultus non quibus, ſed quantum conferendum ſit, diſputat; illud autem admoneo verſiculum, *quamvis hi*, *d.* §. 16. non eſſe intelligendum, prout eum expoſui ſupra n. 12. ſed quaſi ſic arguat Conſultus, ſi pater nepotum emancipatus viveret, nepotes in poteſtate retenti minus haberent quàm patruus qui manſit in poteſtate, & tamen non minus eis conferretur quàm patruo ex d. §. 14. ergo pariter non concurrente patre, quoties unus ex nepotibus eſt in poteſtate, alter emancipatus idem debet conferri nepoti in familia retento quod ei conferretur, ſi frater ejus nepos, ſcilicet emancipatus ei non concurreret, quia in partibus collationis faciendis, non emancipati, ſed ſui hæredes duntaxat recenſentur.

Denique in d. l. 2. §. ſi emancipato 6. de collat. bon. caſus proponitur quo emancipatus omnia confert, & nihil ſibi retinet, quem ideo peregrinum vocavit Coſta in §. cum in bello ſchol. ult. n. 21. quidam filium habebat in poteſtate, alter emancipatum, rurſus emancipatus duos filios habebat, alterum emancipatum, alterum in poteſtate; itaque tam pater quàm avus ſinguli habebant filium in poteſtate & filium emancipatum, ambo ſimul deceſſerunt, vel ita ut ſciri non poſſet quis prior, quiſve poſterior deceſſiſſet, vel ita ut prius pater, deinde avus deceſſerit, de quo non curo: videndi D. Retes, & ab eo relati lib. 7. opuſc. cap. 5. n. 40. duo filii in poteſtate exiſtentes hæredes extiterunt avo & patri, nepos emancipatus agnovit bonorum poſſeſſionem utriuſque, patris ſcilicet & avi, & cùm de collatione quæreretur, ita eam eſſe explicandam Paulus reſpondit; ut hic nepos emancipatus, quia utrique ſuccedit, patri nempe & avo, & ſic patruo aufert ſemiſſem hæreditatis avi, & fratri ſemiſſem hæreditatis paternæ, utrique etiam teneatur bona ſua conferre pro ſemiſſibus, veluti ſi centum in bonis habeat, patruo quinquaginta, & fratri alia quinquaginta conferat; quia cùm duæ ſint ſeparatæ hæreditates ex quibus ſingulis ſemiſſem aufert, ſingulis ſuis hæredibus cum quibus concurrit, debet bonorum ſemiſſem, ut rectè explicat Cujacius lib. 41. Pauli ad edictum in d. §. 6. ſed non inſubtiliter dices, hic nepos emancipatus poſtquam agnovit bonorum poſſeſſionem avi, & patruo quinquaginta contulit, cùm patris bonorum poſſeſſionem agnovit, ſolùm quinquaginta in bonis habet: ergo fratri ſolùm viginti quinque conferre debebit, & alia viginti quinque ſibi poterit retinere, ac per conſequens falsò diximus, quod nihil ex propriis bonis retinet. Cui difficultati primus forſitan reſpondeo, quod cùm ad effectum collationis inſpiciatur paternæ mortis tempus, & eo inſpecto nepos emancipatus centum in bonis habuerit, licèt quinquaginta patruo contulerit, non eo minus integra alia quinquaginta fratri debet conferre, maximè cùm nec quinquaginta quæ patruo contulit, ab ejus bonis abſceſſiſſe credantur, cùm propterea ſemiſſem hæreditatis avi ſit conſecutus: Et hæc de hoc capite. 36

CAPUT III.

De tempore & modis conferendi, & pœna non conferentis.

1 NUNC ſuo ordine ſequebatur de dotis, & eorum quæ facto teſtamento in legitimam imputantur, collatione diſputatio, quam quia integram dare temporis anguſtiæ non ſinunt, & ut extrema litterarii curſus limina quæ prope jam ſunt, abſolutum ſaltem de collatione bonorum tractatum comperiant, methodum negligere, & quod capitis inſcriptio promittit, quamvis collationi cuilibet commune, breviter percurrere cogor: Igitur ut illico incipiam, non ante, ſed poſt petitam demum bonorum poſſeſſionem emancipatus oneri collationis adſtringitur; nec enim edictum de collationibus conditionale eſt, id eſt, Prætor non promittit emancipato bonorum poſſeſſionem ſub conditione, ſi ſuis hæredibus contulerit, ſed purè & ſimpliciter, & poſt eam acceptam onus collationis injungit, ut eleganter diſputat Julianus in l. Prætor 3. de collat.

bonor. qui id probat ab inconvenienti; nam alioquin ſi non aliter emancipatus poſſet bonorum poſſeſſionem agnoſcere, quàm ſi prius de collatione caviſſet, magna captio ſive fraus ejus foret; poſſet enim forſan, dum quærit fidejuſſores qui difficulter inveniuot, vita decedere; & tunc oihil ad hæredes tranſmitteret, quià bonorum poſſeſſio nondum agnita ad inſtar hæreditatis tion aditæ ad hæredes tranſmitti non poteſt, l. 3. §. acquirere 7. de bon. poſſeſſ. l. emancipata 4. C. qui admit. ergo expedit emancipato, ut poſſit bonorum poſſeſſionem agnoſcere, antequam caveat, ut ſi eam ad hæredes tranſmittat cum onere tamen collationis. Rurſus ſi Prætor ſub conditione collationis bonorum poſſeſſionem promitteret, & dum fidejuſſores quæruntur, ſuus hæres decederet, emancipatus quaſi conditione dejectus, non admitteretur ad bonorum poſſeſſionem; conditio enim illa eſſet; *ſi ſuo hæredi contulerit*; quæ ſuo hærede ànte mortuo omnino deficeret, nec in perſonam hæredis ejus poſſet impleri ex regula textus in l. cum ita 49. verſ. diverſa de condit. & demonſt. l. peculium 10. §. cui ſervus 3. de ſtat. liber. Quapropter licèt in aliis caſibus caurio in vim conditionis requiratur, ut in l. ſtipulatio. 21. §. 1. de nov. oper. nunciat l. 4. §. illud videndum 10. de fideicom. libert. in noſtro edicto, non ut conditio exigitur, ſed agnitæ booorum poſſeſſioni tanquam onus imponitur, ut præfatis periculis via præcludatur, & meritò quidem Prætor ut ſine ſuorum diſpendio hæredum emancipato conſuleret, purè bonorum poſſeſſionem pollicetur, & onus collationis injungit, ita ut oon facta collatione tota hæreditas apud ſuos hæredes maneat. docent Goffredus in d. l. 3. & Cujacius ibi lib. 23. ff. Jul. ex quibus principiis intelligendus eſt textus in l. 1. §. 8. de collat. bonor. prout eum explicuimus ſupra cap. 1. n. 24.

2 Sed opponuntur Ulpianus in fragment. tit. 28. de poſſeſſ. dandis §. emancipatis, & Paulus lib. 5. ſentent. tit. 9. §. emancipati ult. qui aſſerunt emancipatos liberos ſi velint cum his qui in poteſtate manſerunt, communis patris hæreditatem dividere, antequam bonorum poſſeſſionem agnoſcant, de conferendo cavere debere: ergo ſentiunt Prætorem ſub conditione collationis emancipatis bonorum poſſeſſionem promittere. Quam difficultatem ut diſſolveret Cujacius variavit d. lib. 3. 23. ff. Jul. in d. l. 3. exiſtimavit Paulum in hac re à cæteris Conſultis diſſenſiſſe, quod ferendum non eſt; cùm certum ſit Ulpianum & Paulum in ea fuiſſe ſententia, ut emancipatus poſt agnitam bonorum poſſeſſionem ſubeat onus collationis, ut demonſtrant eorum deciſiones in d. l. 1. §. 8. & in d. l. 2. §. ult. de collat. bon. in recit. ad d. l. 1. verbum *debent* apud Ulpianum & Paulum contendit idem valere quod *poſſunt*, ut in textu ſic intelligendo in l. 8. §. inter duos 3. de leg. 2. melius tamen reſponderi poteſt ex doctrina doctiſſimi viri lib. 3. quæſt. Papin. in l. non ounquam 8. de collat. bonor. quod cum duplex ſit bonorum poſſeſſio, alia cum re, alia ſine re, ut conſtat ex Ulpiano d. tit. 28. §. ult. qui ait bonorum poſſeſſionem ſine re eſſe, cùm ſuus hæres evincere hæreditatem poteſt, quod prædictis locis aſſeritur, emancipatum antequam caveat de collatione poſſeſſionem bonorum agnoſcere non poſſe; ita intelligendum eſt, ut non antepoſſit re & effectu illam agnoſcere, quia ſi non caveat, poteſt ſuus hæres partem hæreditatis evincere ex d. l. 3. de collat. bon. poſſit autem etiam ante præſtitam cautionem eam ſine re & effectu agnoſcere d. l. 1. §. ſi frater 10. eod. tit. ut ſtatim ad hæredes tranſmittatur. Illud tamen notandum eſt apud Ulpianum, d. tit. 28. §. 3. ubi vulgò legitur *patribus*, legendum eſſe *fratribus*, alioquin ineptè loqueretur Conſultus, prout animadvertit ibi Cujacius, cui meritò ſubſcribit Primatius Anteceſſor & Præceptor meus doctiſſimus D D. Didacus de la Serna & Cantoral. exercit. 4. n. 1. circa fin.

3 Pluribus autem modis collatio fieri poteſt, & quidem edicti verba cautionem deſiderant, ut expreſsè probatur ex d. l. 20. §. 1. de bon. poſſeſ. coot. tab. d. l. 1. §. jubet 9. & §. quamvis 11. de collat. bonor. ita ut emancipatus per ſtipulationem promittat ſe bona collaturum. Quo pertinet textus in l. ſi quis filium 5. §. 1. eod. tit. ubi dicitur tunc committi ſtipulationem collationis, cùm emancipatus interpellatus aliquo temporis ſpatio elapſo collationem non fecit, quia etſi pura ſit obligatio, ex humanitate modicum tempus emancipato indulgetur ex regula textus in l. 1. §. item ſi pœnus 8. ad Leg. Falcid. l. quod dicimus 105 de ſolut. §. ult. inſtit. de inutil. ſtipulat. cùm nec oneroſus creditor, nec delicatus debitor ferendus ſit, ut aiebat Ulpianus in l. ſi ſervos 35. de pign. act. maximè cum boni viri arbitratu collationem fieri poſſe ipſo edicto incertum ſit nominatim; poſt modicum autem tempus tranſactum ſive in totum collatio facta ſit, ſive in partem non facta locum habet ſtipulatio d. l. 5. §. ſive 2. & ſive emancipatus non conferat, ſive dolo fecerit, quominus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam coodemnabitur, d. l. 5. §. ult. unde dignoſcitur dividuam eſſe hujuſmodi ſtipulationem ex regula textus in l. 2. §. incertam 2. de Prætor. ſtipulat. juncto Cujacio ibi lib. 73. Pauli ad edict. Huc etiam ſpectat textus in d. l. 3. §. emancipatus 5. de collat. bon. ubi docetur quod emancipatus dum deliberat de agnoſcenda vel repudianda bonorum poſſeſſione cautionem collationis fecerit; & poſtea booorum poſſeſſionem repudiaverit, agente fratre ex ſtipulato ipſo jure tutus erit: Quæ doctrina difficilis redditur ex ſequentibus; nam emancipatus ubi ſemel cavit de collatione, jam bonorum poſſeſſionem agnoviſſe cenſetur; & ejus repudiandæ facultatem amiſiſſe, ut ex eo ſuadetur quod hæres inſtitutus ſub conditione poteſtativa, hoc ipſo quod implet coodiuionem; hæreditatem adire intelligitur; & ejus repudiandæ arbitrium amittit, l. jam dubitari 86. de hæred. Inſtit. l. Antiſtus 62. in prin. de acquir. hæred. difficilis textus in l. ſub conditione 25. de condit. inſtit. ſed cautio de conferendo exigitur in vi conditionis ſaltem ad agnoſcendam bonorum poſſeſſiooem cum re: ergo emancipatus hoc ipſo quod cavendo conditionem adimpleat, bonorum poſſeſſionem agnoviſſe cenſetur, nec eam poterit repudiare. Deinde licèt poſſit bonorum poſſeſſionem repudiare, eamque de facto repudiaverit, non ideo ipſo jure tutus eſt, ſed indiget exceptione doli ad repellendum fratrem agentem ex ſtipulatu; quiſquis enim ex ſtipulatione ſine cauſa interpoſita convenitur, ſoli defenditur per exceptionem doli, l. 2. §. circa 3. de dol. mal. & met. except. l. ſi ſtipulatus 25. de fidejuſſ.

Digitized by Google

4 Verùm pro ſolutione prioris difficultatis dicendum eſt quod emancipatus etiam poſtquam cavet, de conferendo poteſt bonurum poſſeſſionem repudiare, quam non ideo agnoviſſe cenſetur, quod cautionem de conferendo præſtiterit, ſicuti nec hæres inſtitutus ſub conditione poteſtativa adire intelligitur hæreditatem ex eo quod impleat conditionem, ſed ſolum auferre obſtaculum, quod adeundi facultatem impediebat, diſerti ſunt textus in l. 1. de cond. cauſa dat. cauſ. non ſecut. l. ei qui 13. l. Pupillus 26. de condit. inſtit. l. conditionalibus 5. de condit. & demonſt. nec aliud probant textus in d. l. 86. §. 1. & in d. l. 63. in prin. pro quorum intelligentia videndus in hac re ſanè ſubtiliſſimus D. Retes lib. 2. opuſc. ſect. 3. cap. 2. ex n. 2. nec magis obſtat in d. l. 25. de condit. inſtit. pro cujus explicatione videndus dict. l. 5. §. 1. de condit. & demonſt. omiſſis emendationibus Cujacii lib. 2. obſervat. cap. 16. & ſolutione tradit Albericus Gentilis lib. 1. var. lect. cap. 5. quem ſequitur Oſſuald. lib. 8. comment. Donelli cap. 33. liti. K. conſulendus Goffredus in d. l. 25. & in d. l. 5. §. 1. Quin imo etſi implementum conditionis poteſtativæ induxerit aditionem hæreditatis, quod tamen negandum eſt, non rectè colligeretur emancipatum conditione impletæ cautionis hoc ipſo bonorum poſſeſſionem agnoviſſe; nam inter hæreditatem & bonorum poſſeſſionem hoc intereſt, quod hæreditas plerumque ſola voluntate verbis vel factis declarata, poteſt agnoſci & acquiri §. ult. inſtit. de hæred. qual. & differ. bonorum autem poſſeſſionis agnitio non nuda voluntate peragitur; olim non modo ſolemnia verba exigebat, l. 1. C. commun. de ſucceſſ. verùm nec apud quemlibet Magiſtratum fieri poterat, ſed apud Prætorem in Urbe & Præſides in Provinciis l. 2. §. 1. cum duob. ſeqq. Quis ordo in bon. poſſeſ. ſervet. Hodie ſublatis jam inanium verborum captionibus, ſaltem apud competentem Magiſtratum debet expediri, l. ult. C. qui admitt. §. ult. inſtit. de bon. poſſeſ. ergo quamvis ex poteſtativæ conditionis implemento induceretur hæreditatis aditio, quæ nudam ſolùm voluntatem deſiderat, tamen ex implemento cautionis de conferendo non poſſet induci bonorum poſſeſſionis agnitio; quæ præter voluntatem Judicis præſentiam requirit. Secundæ difficultati quæ ſubtilem Goffredum cogit ut aſſerat d. §. 5. ad l. 3. non rectè interpunctum eſſe reſpondet Cujacius d. lib. 23. ff. Juliani in d. §. 5. quod licèt regulariter exceptio doli non inſit ipſo jure ſtipulationi utpote contractui ſtricti juris, ineſt tamen ſtipulationi collationis, quæ cum ex edicto Prætoris arbitrio boni viri, & ſic bona fide interponatur proximè accedit ad contractus bonæ fidei, quibus ipſo jure inſunt exceptiones, l. hujuſmodi 84. §. qui ſervum 5. de legat. 1. & ea ratione repudiata bonorum poſſeſſione ipſo jure tutus eſt emancipatus; Rectius tamen reſpondit ipſe Cujacius in recitat. ad d. §. 5. quem ſequitur, non tamen refert D. Retes lib. 8. opuſc. cap. 16. quod ſtipulatio collationis ex natura rei tacitam recipit conditionem ſi bonorum poſſeſſio agnita fuerit arg. textus in l. ſtipulationem 21. de jur. dot. qui enim collationis nomine promittit, neceſſariò ad illam cauſam ſe refert. Quapropter repudiata bonorum poſſeſſione, & ſic deficiente conditione ipſo jure inutilis eſt ſtipulatio: nec obſtat textus in d. l. 2. §. 3. de dol. mal. except. ubi ideo neceſſaria eſt exceptio doli; quia cùm pecunia ſimpliciter promiſſa fuiſſet, quamvis ſub ſpe futuræ numerationis non conditio ſed cauſa ineſt ſtipulationi quæ non dicit neceſſariam relationem ad mutuum cum poſſit ex aliis cauſis interponi, & deficiente cauſa, non ipſo jure, ſed ope exceptionis deficit obligatio, niſi forſan in contrahendo cauſa mutuæ pecuniæ accipiendæ expreſſa ſit; tunc enim conditionalis eſt ſtipulatio, & cauſa non ſecuta ipſo jure inutilis eſt textus ſic intelligendus in l. qui pecuniam 30. de rebus credit. ex doctrina D. Retes d. cap. 16. quem eo nomine meritò laudat illuſt. Ramos. lib. 2. ad leg. Jul. & Pap. cap. 4. n. 15.

Antequam hinc abeamus, ſcire oportet quod 5
non ſolùm poſt petitam cautionem de conferendo, ſed & poſt reipſa factam collationem poteſt emancipatus bonorum poſſeſſionem repudiare, & ſicut repudiatione ſecuta agenti fratre ex ſtipulatu ipſo jure tutus eſt, ſic & pecuniam quam fratri contulerit, repetit per condictionem, l. ſi filius 13. de condict. cauſ. dat. d. l. 3. §. 5. de collat. bon. pecuniam enim contulit propter eum finem aut cauſam finalem, ut patris bonorum poſſeſſionem agnoſceret, quæ cùm ſecuta non fuerit, ratione repudiationis locum facit prædictæ conditioni argum. text. in d. l. 1. §. 1. & in d. l. 2. de condict. cauſ. dat. ubi pariter qui hæreditatem aut legatum repudiat, pecuniam quam dederat conditionis adimplendæ cauſa repetit per ſimplicem condictionem: ſed dices; per ipſum emancipatum ſtetit quominus cauſa ſequeretur, cùm liberum ei fuerit bonorum poſſeſſionem agnoſcere: ergo perinde habere debet, ac ſi agnita bonorum poſſeſſio, & ſic cauſa ſecuta fuiſſet ad excludendam condictionem ex regula textus in jure civili 24. de condit. & demonſt. l. in jure 161. de Reg. jur. junctis quæ congerit Guillelmus Maſius lib. 6. ſing. opin. cap. 8. & 9. maximè cùm nec conſilii mutatio, utpote in fratris injuriam facta poſſit præfatam conditionem inducere, l. nemo poteſt 75. de Reg. jur. cui difficultati facilè reſpondetur, quod emancipatus qui dum fratri pecuniam contulit, in animo habuit bonorum poſſeſſionem agnoſcere, poteſt ex pœnitentia mutare conſilium abſque ulla fratris injuria, qui eadem jura integra retinet, quæ haberet ſi ante factam collationem bonorum poſſeſſio fuerit repudiata; nec juſtè quæritur, ex eo quod ex collatione lucrum forſan aliquod ſentire potuiſſet, quod amittit repudiata ab emancipato bonorum poſſeſſione; nam Prætor hoc edicto non id agit ut lucrum ſuis hæredibus afferat, ſed ut damnum reſarciat; generaliter enim vult beneficium ſuum nemini eſſe captioſum, l. Paulus de Prætor. ſtipulat. Quapropter competit conditio emancipato, quamvis per eum ſteterit, quominus cauſa ſequeretur ex Reg. textus in l. ſi pecuniam 5. de condit. cauſa data, docet Antonius Faber in ration. ad textum in d. l. 13. eod. tit.

Nec ſufficit nuda emancipati repromiſſio, quæ 6
tantùm ſola deſideratur, in aliquibus paucis tamen Prætoriis ſtipulationibus, l. 1. §. ſtipulationum 5. cum ſeqq. de Prætor. ſtipul. nam etſi nomen cautionis ſimpliciter prolatum nudam repromiſſionem

repromiſſionem ſignificet textus ſic intelligendus in l. 3. C. de verb. ſignif. ubi tamen idonea aut recta cauſa exigitur, non ſufficit nuda repromiſſio, l. ſi quo rempore 41. de hæred. petit. l. ſi mandatum 59. §. ult. mandati niſi conſentiat is cui caveti oportet l. 4. §. addicti 8. de fideicomm. libert. l. 2. §. legatarium 3. quorum legatorum, l. ſatisdationem 61. de verb. ſignif. prout contingit in præſenti ubi Prætor jubet ita fieri collationem ut rectè caveatur, ut refert Ulpianus in d. l. 1. §. 9. de collat. bonor. qui ex eo infert quod caveti per ſatisdationem oportet, & adjicit ex ſententia Pomponii non modo, fidejuſſoribus, ſed & pignotibus rectè caveri, quia rectè intelligitur ſive perſonis, ſive rebus cautum ſit, l. reſcripto 6. §. 1. de muner. & honor. l. habere 188. §. 1. de verb. ſignif. cui doctrinæ videtur opponi validiſſimus ejuſdem Ulpiani textus in l. Prætotiæ 7. de Prætor. ſtipul. ubi pro tegula tradit quod Prætotiæ ſatiſdationes ita fidejuſſores deſiderant, ut nec pignoribus, nec pecuniæ auri vel argenti diſpoſitione invicem ſatisdationis quis fungi poſſit: ergo ſentit quod cautio de conſerendo quæ ex officio Prætoris proficiſcitur non per pignora, ſed per fidejuſſores debet expediti: Cujacius ad pandect. in d. §. 9. reſpondit Prætorias quidem ſatisdationes pignora non recipere, quia Prætor jubet ſatisdari, & ſatisdationis appellatione propriè non pignorum ſed fidejuſſorum datio comprehenditur, l. 1. qui ſatisd. cog. d. l. 4. §. 8. de fideicom. libert. d. l. 3. C. de verb. ſignif. junctis quæ tradit Donell. in l. 5. §. ſatis acceptio 2. de verb. oblig. n. 3. cautionem autem de conferendo æquè pignora ac fidejuſſores recipere, quia Prætor non ſatisdationem exigit, quo nomine propriè tam pignorum quàm fidejuſſorum datio ſignificatur; ſed tunc meritò inquires cur Prætoriæ ſtipulationes regulariter fidejuſſores deſiderent, nec pignora admittant, cùm tamen plus cautionis ſit in re quàm in perſooa, l. plus cautionis 25. de Reg. jur. §. unde conſtat 14. inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc. & cur ſtipulatio collationis ab hujuſmodi regula excipitur: Reſpondeo quod etſi propter facilem pignoris retentionem plus cautionis eſſe dicatur in re quàm in perſona, aliis tameo reſpectibus potior eſt fidejuſſoria cautio ex qua novum reum debendi debitor conſequitur quod non leve commodum eſt l. 3. §. ult. de liber. legat. cum ſimil. & quia pignora ſæpe moleſtam habent cuſtodiam, quam exactam diligentiam creditor adhibere tenetur, l. ea igitur 14. de pign. act. § ult. inſtit. quibus modis re contrah. oblig. & nonnunquam exactiſſima cuſtodia eorum interitum poteſt impedire, quæ incommoda ceſſant in fidejuſſoria obligatione, ut deſiderant Goffredus in d. §. 9. n. 4. Donell. omnino videndus in d. l. 5. §. 2. de verb. oblig. n. 3. unde Prætor ut creditoribus conſuleret, regulariter exigit ſatisdationem, & pignora excludit, præterquam in cautione de conferendo, ubi non ſatisdationem, ſed idoneam cautionem jubet interponi, ac proinde tam pignora quàm fidejuſſores dare permittit, cujus exceptionis ratio ab omnibus quos viderim, nequidem quæſita non alia occurrit quàm utilitas emancipati cui plenius proſpectum eſt, ut ſic facilius & expeditius poſſit cautionem implere pignoribus aut fidejuſſoribus datis, & quidem abſque magno ſuorum hæredum diſpendio, quibus ſemper ad collationis ſecuritatem idonea cautio exhibetur; nec mirum quod hanc exceptionem extorſerit benignitas quam omnimodo explicandam eſſe, cùm inter fratres de bonis paternis diſceptatur, docet Papinianus *in l. 8. de collat. bonor.*

Quamvis autem edictum de cautione loquatur, 7
tamen etiam re collatio fieri poteſt, ita ut emancipatus bona ſua dividat cum fratribus & quamvis non caveat, edicto ſatisfaciat ex ſententia Pomponii quam ſequenti diſtinctione Ulpianus explicat *in d. l. 1. §. 11. de collat. bonor.* aut conſtat inter partes quid ſit in bonis emancipati, ita ut quædam occultata, nec in commune creditum data eſſe dicantur, & tunc non ſufficit diviſio, ſed propter incertum cautio erit interponenda, argum. textus *in l. 5. de ſtat. lib. l. 1. C. de procurat.* qua ratione ex ſtipulatione collationis non certi conditionem, ſed actionem ex ſtipulatione oriri dixit Julianus *in d. l. 3. §. 5. de collat. bonor.* quia actio ex ſtipulatu competit, quoties incerta res in ſtipulationem deducitur, prin. inſtit. ubi notant Interp. *de verb. oblig.* ex quibus quilibet occurrere poterit argumento Antonii Fabri expreſſo *ſuperiori cap. n.* 8. Nec ſolum ſufficiens collatio eſt diviſio, ubi conſtat quid ſit in bonis emancipati, ſed & aliis modis collatio fieri poteſt, qui proponuntur *in d. l. 1. §. ſed etſi tantum 12. de collat. bonor.* ubi habetur quod ſi tantum ex bonis paternis emancipatus remittat quantum ſuus ex collatione habere debet; ſatis conſuliſſe videtur, quod & traditur *in l. dotis 5. C. hoc tit.* unde quæritur an emancipatus res ipſas in ſpecie conferre teneatur; an verò earum æſtimationem auferens ſatis conſuluiſſe videatur; & breviter reſpondeo cum Vinnio de collatione cap. 16. n. 2. quod res ipſas in ſpecie debet conferre, quia ſi fuiſſet in poteſtate, in paterna hæreditata exiſterent, & in ſpecie pro partibus hæreditatis ad ſuos hæredes pertinerent, & quia ex eo quod bona conferre teneatur, ſatis intelligitur quod invitis fratribus æſtimationem conferre non poteſt ex regula textus in l. manifeſtè. 17. C. de ſolution. prin. inſtit. quib. mod. toll. oblig. Nec obſtat textus in d. §. 12. quem ita intelligit Vinnius ſi ſui hæredes conſentiant, nec æſtimationem accipere detrectent, ut probatur ex eo quod ſubjungit ibi Conſultus, quod ſi nomen paterni debitoris emancipatus delegaverit, aut fundum vel rem aliam dederit pro portione bonorum, quam debuit conferre, ſatis conſuluiſſe creditur, quæ quidem notum eſt, niſi inter conſentientes fieri non poſſe, vel etiam reſponderi poſſe exiſtimo ejus textus ſententiam ita procedere, ut ſi emancipatos cùm pecuniam conferre teneretur, tantam pecuniam ex ea quæ forſan fuit in hæreditate, remiſerit, quantam debuit conferre ſatis conferre intelligatur; quia quantitas cum quantitate rectè compenſatur; ſpeciei autem cum ſpecie aut quantitate compenſatio non admittitur, l. ſi convenerit 18. de pignor. act. l. ſi conſtat. 4. C. de compenſat. quidquid contrarium teneat Duarenus ad l. 7. §. ob donationes 5. ſolut. matrim. cui ſubſcribere videtur noſter Suarez de Mendoza lib. 1. ad Leg. Aquil. cap. 4. ſect. 3. n. 8. Denique ſemper liberatio rectè conſertur, veluti ſi aliquid pater filio emancipato debuerit pro portionibus quæ debent conferri fratribus liberandis argum. textus in dict. l. 1.

§. 16. de collat. bonor. l. 1. §. 8. de dot. collar. l. 2. C. hoc tit.

8 Supereſt ut de pœna non conſerentis diſſeramus, ut ſi quidem emancipatus nullo ex præfatis modis contulerit; multùm refert an per inopiam, an per coutumaciam, ſi per inopiam furſan, quia nec pignora poſſit ſupponere, neque fidejuſſores inveniat, non ſtatim ab eo tranſferenda eſt poſſeſſio, ut air Paulus in d. l. 2. §. ult. de collat. bonor. ideſt non ideo amittit bonorum poſſeſſionem verbum enim *poſſeſſio* in præſenti, non de poſſeſſione quæ facti eſt, accipi debet, ſed de bonorum poſſeſſione, quæ aliquando poſſeſſio ſimpliciter ſolet appellari, ut in l. 8. eod. tit. & apud Ulpian. in fragm. d. tit. 28. de poſſeſſion. dandis) ſed ſuſtinendum donec poſſit cavere, ita tamen ut de his, quæ mora deteriora ſunt futura his qui fuerunt in poteſtate actio (quo nomine auctionem hîc ſignificari rectè notavir Cujacius ſicuti in l. 48. de uſucap. & in l. 2. §. tutor cum ſeq. pro emptore) detur dummodo caveant in medium collaturos ſi cautum eis fuerit, d. l. 2. §. ult. ſi verò ipſi eo nomine cautionem non præſtent, curator portionis emancipati conſtituitur, apud quem refecta peeunia ex diſtractione rerum quæ ſervando ſervari non poſſunt, collocetur, ut tunc emaneipatus portionem recipiat cùm contulerit; textus ſic intelligendus in d. l. 1. §. ſi frater 10. de collat. bon. l. 5. §. 1. ut legat. nom. cav. argum. textus in l. 1. §. diminutio 20. de vent. in poſſeſſ. mitt. nec ex eo ſequeſtratur pecunia eujus regulariter non admittitur ſequeſtratio, l. un. C. de prohib. ſequeſt. pecun. ſed apud curatorem collocatur ut eam ſalvam faciat, & nulli ea res fraudi ſit, unde adverſus euratorem non competit actio depoſiti ſequeſtraria, quæ contra cum procul dubio competeret ſi ſequeſter eſſet, l. 5. §. depoſiti; ſed actio mandari aut negotiorum geſtorum aut in factum juxta negotii qualitatem, argum. textus in l. ſi mandavero 21. §. ſi curator 10. mandati, junctis quæ docet D. Larreaſegui, lib. 2. ſelect. cap. 2. n. 9. & 10.

9 Sin autem emancipatus per eoutumaciam non conferat, ita plectitur ut ab co transferatut poſſeſſio & actiones ei denegentur, d. l. 1. §. 10. l. poſthumo 11. C. hoc rit. totaque hæreditas apud ſuos hæredes remaneat; textus ſic intelligendus in d. l. 3. in fine prin. de collat. bonor. nec tunc obſtat textus in d. l. 5. §. ult. eod. tit. ibi namque ideo emancipati contumaeia ſolum compeſcitur condemnatioue facta, quanti ea res eſt, quia jam cautionem de conferendo præſtiterat; at ubi de collatione non cavit, ad eam urgeri nou poteſt, ſed bonorum poſſeſſionem amittit, quam & repudiare intelligitur, d. l. 8. eod. tit. ex quibus venit intelligendus textus in d. l. 1. §. ſi cum duobus 13. eod. tit. ubi ſi cum duobus conferre deberet emancipatus, uni duntaxat contulerit, quæritur utrum ſextantis ſolum ei auferatur emolumentum, an verò totius trientis; & reſpondeo quod ſi per inopiam alteri non contulerit, ſextantis ſolum actiones ei denegantur, ita tamen ut eas recipiat præſtita cautione, & ea ſerventur, quæ antecedenti n. dixi, quod ſi per contumaciam totius trientis ei denegantur actiones; nec enim videtur caviſſe qui nominibus cavit argum. text. in l. ult. de in jus vocando, cujus conciliatione cum l. ſervus 9. §. 1. ſi quis caut. vidend. Anton. Fab. in ration. Hujus autem deciſionis fundamentalis ratio ex eo pendet, ni fallor, quod emancipatus qui uni ex ſuis hæredibus poſt contumaciam non cavit, hoc ipſo ſextantem repudiare intelligitur ex d. l. 8. ae proinde integrum trientem amittit; nec enim poteſt quis ejuſdem bonorum poſſeſſionis partem agnoſcere, & partem repudiare ad inſtar hæreditatis, l. 1. & 2. de acquir. hæred. ſed inſtabis: Emancipatus in d. §. 13. jam bonorum poſſeſſionem agnoverat; ergo ſi contumax ſit, eam repudiare non potuit ex regula textus in d. l. 1. §. decretalis 8. de ſucceſ. edicto: Reſpondeo, quod dieitur ſemel agnitam bonorum poſſeſſionem repudiari non poſſe, intelligi debere de bonorum poſſeſſione eum re, non de ea quæ ſine re agnoſcicur ab emancipato ante præſtitam cautionem, quæ ideo poteſt repudiari, ut colligitur ex d. l. 3. de cullat. bonor. adhue tamen replicabis: hoc ipſo quod emancipatus uni ex ſuis hæredibus cavit, ſaltem pro parte eum re bonorum poſſeſſionem agnovir; ergò in ſolidum eam agnoviſſe cenſetur, ac per conſequens eam non poterit repudiare; ſed huie dubio Conſultus ipſe reſpondit in d. §. 13. quod eum nou videatur caviſſe qui non omnibus cavit, non poteſt cum re agnoviſſe bonorum poſſeſſionem intelligi.

Unde quæritur an emaneipatus qui per contu- 10
maciam non cavit, & ex pœnitenria cautionem offert, priſtinum jus recipiat; cui dubio in d. l. 1. §. 10. in fin. de collat. bon. reſpondetur quod oblata poſtea cautione recipit priſtinum jus, quod explieandum eſt ex eleganti deciſione Papiniani in d. l. 8. eod. tit. ubi docemur quod ſi intra tempus delatæ bonorum poſſeſſionis, annum ſcilicet, cautionem obtulerit, licèt ſummo jure videatur bonorum poſſeſſionem repudiare, qui ejus formam noluit conſervare (ubi obſervanda eſt Papiniani elegantia, qui cautionem de conferendo, nou conditionem, ſed formam bonorum vocavit, quia agnitæ bonorum poſſeſſioni formam, id eſt rem & effectum præſtat) audiendus eſt ex benignitate quæ ubi de paternis bonis inter fratres contentiu intercedit, ſtricti juris duritiem ſæpe lenire conſuevit, ut conſtat ex Paulo lib. 4. ſentent. tit. 5. de inoff. quær. §. filius 6. & ex l. 3. C. de inoff. teſtam. junctis quæ tradit Jacobus Goffred. in l. ult. C. Theod. de teſtam. poſt annum vero voluntariam moram cautionis admittere difficilius eſſe concludit Papinianus qui non ex co negat poſt annum audiendum eſſe emancipatum, ſed aſſerit difficulter audiendum (quo etiam ſenſu verbum *difficilius* apud eumdem conſultum in l. 1. in prin. de pign. accipiunt Julius Pacius cent. 4. quæſt. 52. & Uulteius diſcept. 17. quia id poſitum eſt in arbitrio & æquitate Prætoris, ut docet & explicat Cujac. lib. 3. quæſt. Papin. in d. l. 8. quod ita procedit ſi jam emancipatus bonorum poſſeſſionem agnoverat prout neceſſariò ſupponendum eſt in d. l. 8. aliàs poſt annum, etſi maximè cavere paratus eſſer, audiendus non eſſet, l. æquiſſimum 2. in prin. de bonor. poſſeſ. ſecund. tab. quæ ſuppoſitio probatur ex ipſo textu, tum quia ante agnitam bonotum poſſeſſionem emancipatus contumax dici non poteſt, cùm non autem poſſet ad collationem conveniri argumento textus in l. contumacia 14. §. 1. de re judic. tum etiam quia cautionem obtuliſſe

dicitur non ut bonorum poſſeſſionem agnoſceret, ſed ut ejus beneficium exerceret, ut eam ſcilicet cum effectu haberet; ergo jam bonorum poſſeſſionem agnoviſſe ſupponitur, ut quamvis nulla ex his rationibus adducta, prædocuit Goffredus ibidem n. 3. qui quando licita ſit variatio, latè diſſerit, quod ad rem noſtram non attinet.

11 Quod diximus portionem emancipati per contumaciam non conferentis penes ſuos hæredes remanere, non ſolum obtinet ubi excluſo emancipato ſoli ſui hæredes inveniantur, ſed etſi alius emancipatus interveniat, aut præſtita cautione cum re bonorum poſſeſſionem agnoverit, ut probat ſingularis & diſertus textus in d. l. 2. §. ſi duo emancipati pen. de collat. bon. ubi ſi duo emancipati bonorum poſſeſſionem petierunt, & unus contulerit, alter per contumaciam non contulerit, portio non conferentis ei tantum qui fuit in poteſtate accreſcit. Quæ ratio ſic explicanda eſt: emancipatus ideo à ſucceſſione repellitur, quia non contulit; atqui non fratri emancipato, ſed fratri in familia retento debet accreſcere, cujus cauſa actiones ei denegantur; nam generaliter, cùm quis contemplatione alterius à ſucceſſione removetur, ſucceſſio illi applicatur, cujus contemplatione repellitur, cujus rei elegantia exempla ſuppeditant textus in l. poſt legatum 5. §. amittere 2. de his quæ ut indign. & in l. penult. C. de legat. docent Bellonus de jur. accreſc. cap. 5. quæſt. 49. per tot.

12 Illud denique animadvertendum eſt quod ſi per errorem omiſſa collatione inter ſuos hæredes & emancipatum diviſa fuerit paterna hæreditas, ſiquidem ſine Judice competit ſuis hæredibus indebiti condictio, niſi eis conferatur, quia quantum emancipatus debuit conferre, tantò minus ex bonis paternis ei ſui hæredes habuerunt argum. textus in l. cum putarem 36. in fin. famil. erciſc. l. ſi ambo 10. §. 1. de compenſ. ſin autem per officium arbitri adhuc ſupereſt officium Judicis per quod peti poteſt ut collatio fiat, l. ſi ſoror 8. C. hoc tit. argum. textus in l. un. C. de error. calcul. quia non ideo impugnatur diviſio ab arbitro facta, quod fieri non poteſt dict. l. 36. fam. erciſc. l. poſt rem judicatam 16. de re judic. junctis quæ tradunt D. Larreaſegui, lib. 4. ſelect. cap. 4. ex n. 5. D. Amaya in l. 2. C. de jur. fiſci lib. 10. ex n. 43. ſed minuitur executio judicati, ut docet Vinnius d. cap. 16. n. ult. ſicuti & exceptiones quæ tendunt non ad impugnandam ſententiam, ſed ad minuendam executionem rectè poſt rem judicatam opponuntur, l. tamen 11. junct. Fabro in ejus ration. ad Senatus-Conſ. Macedon. l. cum militi 16. §. 1. de compenſ. l. Neſennius 41. de re judic. l. fidejuſſores 41. §. 1. de fidejuſſ. Donell. ſub lib. 27. comment. in d. l. 41. §. ult. de re judicat. Pichard in manud. ad prax. 1. part. præcept. 4. ex n. 25. hæc tamen doctrina fallit ſi auditis partium allegationibus circa collationem arbiter ea omiſſa hæreditatem diviſerit; tunc enim collatio fieri non poteſt, quia tendit ad impugnandam rem judicatam, argum. text. in l. ſi autem §. ſi quocumque 2. de negot. geſt. l. quia in diem 7. §. 1. de compenſat. de quorum conciliatione cum l. ex diverſo 17. §. ult. ſolut. matrim. videndi Donell, ubi ſup. & Petrus Barboſ. in l. maritum 12. ſolut. matrim. ex n. 48. tandem ſolum procedit ubi per errorem diviſio facta proponitur, ſcienter enim omiſſa collatio in dividenda hæreditate peti ex poſt facto non poteſt, argum. textus in l. filiæ 18. C. famil. erciſc. cujus illa verba, *ſi res integra eſt*, explicanda ſunt ex l. 1. C. eod. tit. ex mente Anton. Fab. de error. decad. 40. error. 1. n. ult. quibus jam penitus Prætorium edictum de collat. bonor. illuſtravimus, dixerim potius illuſtrare ſtuduimus; conatus iſtos veſtræ utilitatis mancipatos boni conſulite auditores dum promiſſum de collatione dotis, & eorum quæ facto teſtamento in legitimam imputantur, tractatum vobis paro, quem poſt tranſactas Ferias dabo, utinam feliciter.

CAPUT IV.

De dotis Collatione tam ex novo quàm ex veteri Jure.

1 DE collatione dotis acturus, quo clarius hanc difficiliorem, minusque tritam noſtri tituli partem expediam, prius de filiafamilias, mox de emancipata, ac denique de ea quæ nunquam in ſacris paternis extiterit, diſſerere ſtatui: igitur ut promiſſis ſtemus, filiafamilias propter matrimonii favorem etiam jure digeſtorum dominii dotis, ſive profectitiæ à patre ſcilicet conſtitutæ, ſive adventitiæ ab extraneo nimirum datæ capax eſt ad inſtar caſtrenſis peculii, ut evincunt diſerti textus in l. 3. §. ergo etiam 5. de minorib. l. 2. §. 1. l. quoties 29. ſolut matrim. l. pater 14. ad Leg. Falcid. l ult. de dot. collat. adeo ut poſt obitum patris ne profectitia quidem dos in ejus hæreditate inveniatur, ut Papinianus ſcripſit in d. l. 14. in fin. princ. ad Leg. Falcid. nec veniat in judicio famil. erciſcundæ argum. text. in l. emptor 65. §. 1. de rei vindic. ſi vero filia ad paternam ſucceſſionem admitti deſideret, dotem profectitiam ſeu adventitiam fratribus in defuncti familia, æquè retentis ex edicto Prætoris conferre jubetur, ut probant expreſſi textus in l. 1. in prin. & §. ſi ſit nepos 2. l. pater 8. ex d. l. ult. de dot. collat. l. filia 4. l. filiæ 12. C. hoc tit. quod æquitas ſuggerit, quæ regere collationes conſuevit; cùm enim filia hoc jure fratrum peculia adventitia, non minus quam profectitia in paterna hæreditate reperiat, l. certum 13. C. famil. erciſc. meritò æqualitas ut inducatur dotis adventitiæ non minus quàm profectitiæ collatione oneratur, quod citra dubium procedit, ſi juris Prætorii beneficio ſucceſſionem obtineat, vel per bonorum poſſeſſionem contra tabulas quam & olim agnoſcere potuit, l. ult. C. de liber. præter. §. ſed hæc quidem 5. inſtit. de exhæred. liber. vel per unde liberi bonorum poſſeſſionem, ſin autem neglecta bonorum poſſeſſione de paternis bonis im-

miſceat, quamvis hoc ipſo quod civili jure ſuccedit, à Prætoria collatione ſit minus immunis, tamen ex reſcripto Divi Pii ad Ulpium Adrianum emiſſo, cujus meminit Ulpianus in d. l. 1. in prin. de dot. collat. ad quod referendus eſt textus in §. filiam 8. ejuſdem Legis 1. ad conferendam dotem per arbitrium familiæ erciſcundæ, unde facilè convincitur Antonius Faber qui in ſuo codice tit. de collation. defin. 4. exiſtimavit neceſſitatem conferendæ dotis filiæfamilias injunctam noviter fuiſſe ex Leonis conſtitutione in l. ut liberis 17. C. hoc tit. refellitur etiam Arnoldus Vinnius qui in tractatu de collat. cap. 2. n. 5. contendit hoc jus non ex aliquo Prætoris edicto emanaſſe, ſed divi Pii reſcripto primum conſtitutum eſſe, cum tamen ex ipſa littera textus in d. l. 1. conſtet filiamfamilias, dummodo per bonorum poſſeſſionem ſuccedat ex edicto Prætoris munus collationis dotis ſuſtinere, non ex Divi Pii reſcripto, quod ſolùm conferendæ dotis onus injunxit filiæ, quæ non Prætoris ſed civili jure uſa paternis bonis ſe immiſcuit, ne aliàs ejus arbitrio eſſet, conferendi neceſſitatem eludere, & fratres collationis commodo privare.

2 Longè diſtat noſtrum edictum de dotis collatione ab edicto de collatione bonorum; hoc enim inter ſuos hæredes ad invicem conquieſcit, ut dixi ſupra cap. 1. n. 8. illud autem de quo in præſenti diſputamus primum inter ſuos hæredes vires egerit, ut jam diximus. In eo etiam ſummè hæc edicta ſeparantur, quod cùm inauditum ſit liberos ſuitatis jure ſuffultos quidquam fratribus emancipatis conferre ex edicto de collatione bonorum, certum tamen eſt filiam in familia defuncti patris retentam profectitiam ſaltem dotem fratribus emancipatis conferre teneri, ut poſt varias prudentum opiniones obtinuiſſe referunt Imperatores in d. l. 4. verſ. his etenim C. hoc tit. cujus rei ratio ex eo derivatur, quod cum filii emancipati adventitia & profectitia bona hoc jure ſorori in familia retentæ conferant, æquum viſum eſt, ut & filia fratribus emancipatis dotem à patre profectam debeat conferre, & ſic æqualitas inter omnes ſervetur: Sed tunc ſic argues, filia in familia retenta nullo incommodo fratres emancipatos afficit, imo injuriam per eorum concurſum patitur: ergo rectè ſtat quod ad bona fratrum beneficio collationis admittatur; nec tamen ipſis dotem quamvis à patre profectam conferre teneatur. Rurſus ſi ideo dotem confert, quia emolumentum collationis à fratribus accipit: ergo ſicuti beneficio collationis ad bona ſive profectitia, ſive adventitia fratrum admittitur; ſic & ipſis dotem ſive profectitiam, ſive adventitiam conferre tenebitur, alioquin quæ æqualitas retinebitur ſi fratres emancipati bona omnia profectitia & adventitia conferant ſorori, ſoror autem eis profectitiam ſolùm, non adventitiam dotem conferat; ſed licèt hæ forſan rationes Prudentum controverſiæ anſam præbuerint, meritò tamen obtinuit ut filia in familia retenta fratribus capite minutis profectitiam dotem conferat, quamvis per eorum concurſum injuriam experiatur; nec enim quoad dotis collationem expectatur ratio injuriæ, qua nititur edictum de collatione bonorum, ſed ſolùm attenditur ratio æqualitatis, qua, ut jam dixi, profectitiæ quidem dotis inducitur collatio, non autem adventitiæ, cujus retentio compenſat incommodum quod filiæ in familia retentæ irrogat emancipatorum concurſus; cùm enim filia jure civili ſua hæres patri exiſtat, & fratres emancipati juris Prætorii beneficio viriles bonorum partes auferant, profectitiæ dotis collatio collationem bonorum à fratribus factam compenſat, & ex contrario retentio dotis adventitiæ compenſat injuriam illatam per emancipatorum concurſum, & ſic æqualitas quæ unicus eſt ſcopus noſtri edicti, inter filiam in poteſtate retentam & fratres emancipatos inducitur, ſic ex Cujacio, quamvis non hac perſpicuitate docet D. Zamora de collation. 3. part. n. 9. cum tribus ſequentib.

3 Sed adverſus hanc doctrinam deſumptam ex d. l. 4. C. hoc tit. triplex ſe offert difficultas, prima ex l. pactum 3. verſ. dotem & ex d. l. 12. C. hoc tit. quibus expreſsè ſcriptum eſt filiam in familia retentam dotem conferre debere fratribus in eadem familia conſtitutis: ergo falsò diximus quod & fratribus emancipatis dotem cogitur conferre. Secunda ex d. l. 3. & ex l. un. C. Theodoſ. unde liberi, quibus aſſeritur filiam in poteſtate retentam ejuſdem conditionis fratribus dotem à patre ſuſceptam conferre: ergo non rectè aſſeruimus dotem etiam adventitiam eis conferre debere. Tertia denique ex l. ult. C. hoc tit. ubi dum generaliter bona omnia adventitia ab onere collationis immunia eſſe dicuntur, ſatis ſignificatur adventitiam dotem non ſubjacere collationis incommodo. Priorem difficultatem prævidit Arnold. Vinnius de collat. cap. 12. n. 6. qui rectè reſpondet in expenſis juribus non ideo ſcriptum eſſe quod filia in familia retenta ejuſdem conditionis fratribus dotem conferre tenetur quod emancipatis nullam dotem conferat; ſed quia integri juris fratribus quamcumque dotem etiam adventitiam debet conferre, emancipatis autem ſolùm profectitiam. Nec magis obſtat ſecunda; nam in d. l. 3. ideo reſpondetur filiam in poteſtate retentam fratribus qui in poteſtate ſimiliter manſerunt, profectitiam dotem conferre, quia ut ex principio ipſius textus conſtat, ſolùm de dote à patre profecta quæſtio vertebatur, idemque procul dubio de adventitia dote reſponderunt, ſi de ea controverſia incidiſſet, & eadem voluntate intelligendus eſt textus in d. l. un. C. Theodoſ. unde liberi, quamvis Jacobus Gottofredus in ejus textus commentario exiſtimaverit conſtitutionem textus in d. l. 4. C. hoc tit. abrogatam fuiſſe per novam Arcadii & Honorii ſanctionem in d. l. un. Tandem nec urget tertia difficultas, quia textus in d. l. ult. quatenus adventitia bona in collationem non venire decernit, continet jus novum à Juſtiniano introductum poſt quod antiquata deciſione Gordiani in d. l. 4. dos adventitia ab onere collationis ſubducitur, ut docent Cujacius ad d. l. 2. C. hoc tit. & lib. 5. Obſerv. cap. 30. & Dioniſius Gottofredus ad l. 4. & expoſcit neceſſaria juris ratio; nam cùm olim filiafamilias ideo integri juris fratribus quamlibet dotem conferret, quia ad eorum quælibet admittebatur, hodie autem ſolùm ad profectitia, non adventitia peculia poſſit admitti, nec aliam quam profectitiam dotem hodie confert, quia licèt ceſſet ratio ſuperiori numero expoſita, profectitiæ dotis collatio hodierno jure pendet ex aliis principiis inferius explicandis, unde facilè occurri poterit his quæ circa textum in d. l. 4.

non rectè diſputant Antonius Faber de error. decad. 40. n. 6. & 7. Gyphan. ad l. 13. C. hoc tit. Jacobus Gothofred. in d. l. uu. C. Theodoſ. unde liberi.

4 Hæc in filiafamilias procedunt, emancipata autem filia ſuis hæredibus quibus paternæ hæreditatis auſert ex generali edicto de collatione bonorum, reliqua inter bona etiam dotem ſive profectitiam, ſive adventitiam conferre compellitur d. l. 1. §. ſi ſit nepos 2. verſ. emancipata l. 2. de dot. collat. Anton. Faber d. decad. 40. & n. 6. n. 2. Vinn. d. cap. 12. n. 5. quia injuriam ſuis hæredibus infert, quæ potiſſima eſt ratio generalis edicti de collationibus, & quia etſi fuiſſet in poteſtate, omnem dotem ejuſdem familiæ fratribus conferret, ut dicebam cap. 2. n. 14. ſed poſt novam conſtitutionem Juſtiniani in d. l. ult. C. hoc tit. adventitiam dotem eis non confert, quidquid dicat Gyphanius in d. l. 13. ejuſdem verò conditionis fratribus emancipatis videlicet hoc jure emancipata, ſicut nec cætera bona; ſic nec profectitiam quidem dotem conferre tenetur, ut cum judicio animadvertit Vinnius d. n. 5. quia ſive generalis edicti rationem ſpectemus, emancipata nullam emancipatis æquè fratribus irrogat injuriam, & generaliter inter emancipatos ceſſat collatio, l. penult. C. hoc tit. ſive ſpeciale edictum de dotis collatione attendamus, quod æqualitatem inter liberos cuſtodire ſtuder, emancipata nullum collationis emolumentum à fratribus accipit, qui nec profectitia, nec adventitia bona ei conferunt, & ſic æqualitatis ratio potius excludit quam includit dotis etiam profectitiæ collationem; quapropter quamvis filiafamilias contra regulas generalis edicti ob ſolam æqualitatis rationem dotem profectitiam emancipatis fratribus conferat, emancipata nec ex generali edicto, nec ſpeciali dotem quamvis profectitiam ejuſdem conditionis fratribus confert, quam rationem etſi optimè prævidiſſet Anton. Faber de error. 6. deceptus tamen autoritate textus in d. l. 4. C. hoc tit. quam non de filiafamilias, ſed de emancipata contendit accipiendam, ſentit filiam emancipatam dotem profectitiam emancipatis fratribus conferre debere, leviſſimo fundamento ductus, quod refellere nullius operæ eſſet.

5 Jam videamus de filia quæ nunquam fuit in poteſtate, veluti quæ ad matris vel avi materni ſucceſſionem admittitur, hæc quidem fratribus qui pariter in poteſtate matris vel avi materni eſſe non potuerunt ex regula textus in l. 4. §. ad teſtamenta 2. de bonor. poſſeſ. contra tab. §. fœminæ. 10. inſtit. de adopt. §. cæteri 3. inſtit. de hæred. qual. & differ. ad eamdem hæreditatem admiſſis, nullam dotem iſto jure confert ad inſtar emancipatæ quæ cum emancipatis ſimiliter fratribus ad paternam ſucceſſionem concurrit, non ex generali edicto de collationibus, quod cùm ex injuria pendeat, ceſſat inter eos qui nunquam fuerunt in poteſtate, utpote qui ſe invicem nullo incommodo afficiunt, nec ex edicto de dotis collatione, cujus æquitati non congruit, imo repugnat ut filia fratribus, qui ei nulla bona conferunt, dotem aliquam conferre cogatur; manſit autem hoc jus uſque ad tempora Imperatoris Leonis, qui ut omnibus liberis æqua lance, parique modo proſpiceret in l. ut liberis 17. C. hoc tit. contra priſci juris obſervationem nuviter ſtatuit ut inter liberos ſive in poteſtate conſtitututos, ſive ſui juris, emancipatos ſcilicet, aut qui in poteſtate eſſe non potuerunt in dividendis rebus ab inteſtato defunctorum parentum dos ex ſubſtantia eorum profecta conferatur, cujus conſtitutionis auctoritate nihil circa filiamfamilias immutatur, quæ etiam poſt tempora Leonis ejuſdem familiæ fratribus omnem dotem conferebat uſque ad novam Juſtiniani ſanctionem in d. l. ult. C. hoc tit. quamvis contrarium ſine ratione teneat Gilkenius in d. l. 17. n. 4. in ea igitur nova eſt Leonis conſtitutio, prout appellatur in l. quoniam novella 29. C. de inoff. teſtam. quod emancipatam filiam ejuſdem conditionis fratribus, & filiam ad maternam hæreditatem admiſſam fratribus dotem ex parentum patrimonio profectam (quæ non abſurdè profectitia dicitur, l. 5. §. ſi pater 11. de jur. dot. quamvis aliàs profectitia dos ſolùm dicatur, quæ à parentibus in quorum poteſtate ſunt liberi proficiſcitur, l. un. § accedit 13. verſ. extraneum C. de rei uxor. act.) conferre jubet, cùm tamen olim nec inter liberos matri ſuccedentes, quod omnes fatentur nec inter emancipatos ad invicem, in quo fallitur Cujacius ad d. l. 2. & d. l. 17. daretur profectitiæ dotis collatio, ut jam fundavi; novi autem juris ratio non alia eſt quam quæ traditur in ipſo textu æqualitas, nimirum ut liberi ex æqualibus partibus inteſtatorum parentum bona partiantur, prout æquitas exigit, l. ſi major 4. C. Commun. divid.

Rurſus & jus novum continet textus in l. 17. 6
quatenus ſtatuit donationem ante nuptias ab eo parente profectam, de cujus ſucceſſione tractatur inter cujuſcumque ſucceſſionis liberos conferri; quod ut intelligatur, ſciendum eſt olim de coltione donationis ante nuptias nec queri quidem potuiſſe; mera enim & irrevocabilis liberalitas cenſebatur, non ob cauſam ad inſtar cæterarum donationum quæ ex mera liberalitate proficiſcuntur, adeo ut nec nuptiis non ſecutis, nec ſoluto matrimonio ad donatorem reverteretur, l. ſi ante matrimonium 8. cum pluribus ſeqq. C. de donat. ante nupt. donec Conſtantinus in l. cum veterum 15. C. eod. tit. quæ eſt Lex ſecunda de ſponſalib. in C. Theodoſ. cavit ut ante nuptias donatio tacitam in ſe haberet futurarum nuptiarum conditionem, non quidem initiativam, ſed reſolutivam, tum quia propter ſpem nuptiarum facta præſumitur, tum etiam ut repudiorum levitas coerceatur, docent præter inſtitutionum Interpretes ad d. §. eſt & aliud 3. inſtit. de donat. plures referens D. Retes de donat. cap. 12. n. 2. & Jacobus Goffredus d. l. 2. C. Theodoſ. de ſponſalib. donatioque ante nuptias eſt veluti dos contraria, & doti ſimilis L. cum multæ 20. C. de donat. ante nupt. & ſoluto matrimonio ad inſtar dotis repeti poteſt, l. ubi adhuc 29. C. de jure dot. l. ex morte 29. C. de pact. conven. tam ſup. dot. quàm ſup. don. cap. ult. extra de donat. int. vir. & uxor. & à filio etiam familias acquiri ob favorem matrimonii, ut mihi probat textus in l. 2. C. de bonis quæ liber. & pluribus relatis docent Larteaſeg. lib. 4. ſelect. cap. 10. n. 1. & Arias de Meza lib. 3. var. cap. 17. n. 2. quibus principiis præjactis in eo etiam hujuſmodi donatio doti nunc primum exæquatur à Leone in d. l. 17. ut inter quoſcumque liberos conferatur, dummodo

ex patrimonio ejus parentis cui ſucceditur profecta ſit; nec intereſt an ipſi filii parentis donationem contulerint, ut per eos eadem in ſponſas donatio celebretur, an verò in ipſas ſponſas pro liberis ſuis, cum ſemper donatio liberorum nomine data intelligatur, argum. textus in l. Titio centum 71. §. Titio genero 3. de condit. & demonſt. nec jam filiæ queri poſſunt eo nomine quod profectitiam dotem fratribus conferant, cum & fratres donationem ante nuptias quam à parentibus acceperunt ipſis conferre teneantur; ſin autem quæras cur magis dotes & donationes ante nuptias profectitiæ inter ejuſdem conditionis liberos conferantur quam cæterà bona à parentibus profecta, juxta textum ſic intelligendum in l. illud 20. §. 1. C. hoc tit. Reſpondeo diſcrimen inde oriri quod quamvis ſolus parens qui filias habet in poteſtate, eas dotare teneatur, l. qui liberos 19. de rit. nupt. l. nec mater 11. C. de jur. dot. tamen generaliter cujuſcumque parentis officium eſſe dicatur pro his etiam liberis qui non ſunt in poteſtate dotem aut ante nuptias donationem conſtituere l. ult. C. de dotis promiſſione junct. Larreaſegui lib. 8. ſelect. cap. 11. n. 16. ita ut mater etiam pro filia dotem conſtituens, pietatis munus exercere dicatur; l. cum is 32. de condit. indebiti; cæteras autem donationes dum parens in liberos confert, non paternum officium, ſed meram liberalitatem exercet; quapropter meritò cautum eſt ut dotes, & ante nuptias donationes quæ ex paterno officio deſcendunt, & à liberis tanquam liberis acquiruntur, conferantur; donationes autem qoæ ex ſola liberalitate dimanant, & à liberis tanquam extraneis percipiuntur, argum. textus in l. à patre 10. C. hoc tit. collationis neceſſitati non ſubjiciatur.

7 Diximus quæ filiæ, & quam dotem conferant, nunc videndum eſt quibus dotis collationem fieri oporteat, & quidem ſi filia cum ſolis fratribus concurrat, expedita res eſt; ſin autem cum aliis præter fratres ad parentis ſucceſſionem admittatur, non omnibus, ſed eis duntaxat quibus partem hæreditatis aufert, dotem confert, cujus rei exemplum extat in d. l. 1. §. ſi ſit nepos 2. cum duobus ſeqq. de dot. collat. & primum in d. §. 2. ubi ſi quis reliquerit filium, & ex altero filio jam præmortuo nepotem & neptem dotatam, dicitur quod neptis omnem dotem ſoli fratri collatura eſt, non patruo qui nihil aufert ex hæreditate, quia etſi ipſa non admitteretur ad hæreditatem, patruus tamen ſolum ſemiſſem haberet, quem nunc etiam integrum conſequitur. ſecundum in §. ſed ſi ſit neptis 3. quod tale eſt, quidam reliquit filium; & ex altero prædefuncto neptem unicam dotatam, & ex alio filio ſimiliter præmortuo nepotem vel neptem indotatam, & reſpondetur quod neptis dotata confert dotem non ſolùm patruo, ſed & patrueli ſcilicet alteri nepoti vel nepti; quia in triente quem percipit ex hæreditate, acquirit partem eorum quæ patruus & patruelis avo acquiſierunt. Tertium denique exemplum ſubjicitur in §. ſed etſi duæ neptes 4. ubi ſi ſint duæ neptes à nemine præceſſæ & patruus, deciditur quod etſi ex diverſis filiis ſint progenitæ, conferunt & invicem & patruo; ſi verò ex eodem filio non patruo, ſed invicem tantùm conferunt, ratio differentiæ hæc eſt ex mente Goffredi in d. §. 2. neptes ex diverſis filiis procreatæ, dum avo ſuccedunt, diverſos parentes repræſentant, ad diverſas portiones vocantur, & ſingulæ non ſolùm invicem, ſed & patruo portionem auferunt, ac proinde non modo invicem, ſed patruo quoque dotem conferunt; ex contrario neptes ex eodem filio ſuſceptæ unum eumdemque parentem repræſentant in avi ſucceſſione, ad unam eamdemque portionem admittuntur, & ſingulæ non patruo ſed invicem partem hæreditatis auferunt, & ſic in invicem tantùm dotem conferunt. Quæri tamen poteſt in quo diſtat caſus comprehenſus in prin. d. §. 4. ab eo qui deciditur in d. §. 3. verſ. itemque nepoti vel nepti ex alio; nam in utroque ſolum agitur de duabus neptibus ex diverſis filiis procreatis ſimul cum patruo ad avi hæreditatem concurrentibus, quod magnum Cujacium movit ut in hujuſmodi textus recitatione verſiculum itemque nepoti d. §. 3. tanquam ſuperfluum delendum eſſe affirmaverit, verùm dicendum eſt non eſſe per omnia eumdem caſum qui in his §. §. ac qui ventilatur in d. §. 3. proponuntur quidem duæ neptes ex diverſis filiis progenitæ unà cum patruo, ſed non ambæ dotatæ, imo alia dotata, altera indotata, quod probatur ex eo quod Conſultus nullum diſcrimen agnoſcit inter nepotem & neptem, tum etiam, quia non reſpondit quod nepotes invicem etiam conferunt, prout reſponderet ſi ambæ dotatæ eſſent, ſed quod neptis dotata patruo & patrueli confert; at in d. §. 4. utraque neptis ex diverſis parentibus orta, dotem accepiſſe proponitur; quo ſanè caſu eleganter quærebatur an utraque ſoli patruo, an invicem etiam dotem conferre teneretur; ratio dubitandi in eo ſtabat. quod cùm edictum de dotis collatione ſolùm æqualitatem inter liberos attendat, videbatur ceſſare, ubi utraque neptis ab avo dotem acceperat; ſed tamen rectè deciſum fuit quod invicem etiam ambæ neptes dotem conferunt, quia adhuc militat ratio edicti, ut ſi forſan dotes ſint inæquales, ad æqualitatem beneficio collationis redigantur, in quibus §. §. exponendis operam agnoſcet, qui hæc contulerit, cum his quæ nimis latè diſputat D. Zamora de collat. 3. part. n. 26. cum pluribus ſeqq.

8 Opponi ſolet huic doctrinæ difficillimus textus in l. illam marito 19. C. hoc tit. ubi nepotes aut neptes, ſive ex eodem filio, ſive ex diverſis dotem aut propter nuptias donationem non invicem, ſed ſolùm patruis & amitis, avunculis aut materteris conferunt. Sed ut difficultatem diſſolvam, prius novam Juſtiniani conſtitutionem quam hic textus claudit, explicabo: nepotes cujuſcunque ſexûs aut numeri per virilem ſexum deſcendentes, ubi à patribus non præceduntur, jura ſuitatis nanciſcuntur, & omni jure ſimul cum patrois aut amitis ad avi hæreditatem vocantur in ſtirpes, l. 1. §. ſi filius de ſuis & legitimis, §. cum filius 6. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. nepotes autem ex filia ſecundùm jus civile antiquum cum avunculis aut materteris ad avi ſucceſſionem non concurrunt; quia nec ſunt ſui, nec agnati, ſed deficientibus ſuis aut agnatis à Prætore tertio ordine vocantur tanquam cognati, §. ult. inſtit. eod. tit. ſimiliter & nepotes ex filio cujuſcunque ſexûs cum patruis & avunculis, amitis vel materteris ad aviæ paternæ hæreditatem

ditatem non admittuntur *dict. §. ult. juncto §. 1. inſtit. de ſenatuſconſ. Orphit.* Ex novis tamen principum conſtitutionibus hi omnes nepotes ad avi materni vel aviæ paternæ vel maternæ ſucceſſionem ſimul cum patruis ſeu & amitis vel materteris aut avunculis concurrunt cum tertiæ partis diminutione, ita ut minus tertia parte accipiant, quam pater aot mater eorum auferret *l. 4. c. Theod. de legit. hæred. l. ſi defunctus 9. c. de ſuis & legit. dict. §. ult. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* Ex quo jure duplex ſuborta fuit quæſtio. Prima utrum patrui & amitæ, avunculi & materteræ dotem aut donationem propter nuptias à parentibus profectam filiis fratrum aut ſororum eouferre teneantur. Et videbatur non teneri eo quod nulla conſtitutio ſuper hujuſmodi collatione poſita eſſet; Leo enim Imperator *in dict. l.* 17. ſolum dotis aut propter nuptias donationis profectitiæ inter ejuſdem gradus liberos, collarionem induxit, hanc ſubtilem dubitationem ſpernit Juſtinianus & non verba ſed mentem Leonis ſecutus decernit patruos aut amitas, avunculos ſeu materteras dotis aut donationis propter nuptias profectitiæ collationi ſubjugari; ſed tunc argues ex textu *in l. ſi maritus* 14. *c. hoc tit.* ubi Diocletianus & Maximianus qui multis retrò temporibus antè Juſtinianum viguerunt amitæ dotem fratris filio non conferenti hæreditarias actiones denegari ſecurè reſpondent. Facilis tamen eſt ſolutio, nam amita *in dict. l.* 14. dotem confert filio fratris non proprio ſed hæreditario jure, quia hæres extitit patri, cui amita conferre tenebatur; Docent Cujacius *in dict. l.* 19. Gilkenius *in dict. l.* 14. Emmanuel Coſta *in cap. ſi pater de teſtam. lib. 6 2. part. verbo dubitari.*

9 Secunda quæſtio in eo eſt, an ſcilicet præfati nepotes dotem aut propter nuptias donationem profectitiam parentibus ſuis, quorum vicem ſubeunt datam patruis, amitis aut materteris conferre cogantur? ratio dubitandi ex eo oriebatur quod principales conſtitutiones quæ nepotibus januam ad ſucceſſionem aperuerunt, nullum eis collationis incommodum inflixere. Nec Arcadii & Honorii ſanctio in *l. nepotes. 5. C.* Theodoſ. de leg. hæred: quæ nepotes ex filia procreatos dotem matri eorum datam avuneulis juſſit conferre ad patruos, amitas aut materteras de quibus non loquebatur extendi poſſe videbatur. Hac ratione parvi penſa æqualitatem attendens Juſtinianus ſtatuit ut nepotes patruis, amitis, aut materteris non minus quam avunculis dotem aut propter nuptias donationem parentibus ſuis datam conferant, ita ut commixtis dotibus aut propter nuptias donationibus cum bonis defuncti duas partes nepotes habere ejus portionis, quæ patri vel matri eorum ſi adhuc viveret deberetur, tertiam verò ejuſdem portionis partem ſimul cum competentibus portionibus patrui & ſimiles perſonæ percipiant; noviſſimo autem jure memorati nepotes; ſicut ſine ulla diminutione partem hæreditatis quam pater vel mater eorum, ſi ſupereſſet, haberet, integram conſequuntur nov. 18. cap. 4. ſic & ſine diminutione conferunt auth. quæ tertiæ C. hoc tit. ex quibus non obſtat difficultas deducta ex dict. l. 19. cui reſpondeo quod in ejus ſerie nepotes non invicem ſed patruis duntaxat, ſimilibus perſonis dotem aut propter nuptias donationem conferunt, quia parentum ſuorum perſonam repræſentant, unde ſicuti parentes ſuccedendo dotem aut donationem propter nuptias fratribus aut ſororibus conferrent ex prædicta conſtitutione Leonis in dict. l. 17. ſic & nepotes eamdem dotem aut donationem parentibus ſuis datam conferre teneutur, at in dict. l. 1. §. 2. & 4. de dot. collat. neptis dotem acceperat ab avo, quam ideo ſoli fratri confert non patruo, quia eam ex propria perſona accepit, nou ex perſona partis, & quia parentis hæreditatem non patruo ſed fratri aufert ut dixi n°. 7. docet ex Accurſio Cujacius *in dict. l. 1. §. 2. & in dict. l. 19.* nam nepotes per fæmineum ſexum deſcendentes dotem aut donationem quam ipſi ab avo materno aut avia paterna acceperunt, ſi eodem parente ſint progeniti, invicem tantum conferunt, æqualitatis poſtulat ratio ut his ſolum dos conferatur, quibus pars hæreditatis aufertur quidquid æqualitatis expoſtulat tarione non rectè penſata dicant Gilkenius *in dict. l. 19. n.* 10. & Vinnius *de collat. cap.* 52. *n.* 2.

Nunc ſuo ordine ſequitur diſpiciendnm de mo- 10
dis conferendæ dotis, & cum non ſolum data, ſed & promiſſa dos conferatur *l. 1. §. 5. in fine de dotis collat.* ſi quidem non data ſed promiſſa ſit, multum intereſt an pure, aut ſub conditione, ſi ſub eonditione pater vel extraneus dotem promiſerit profectitiam ſeu adventitiam (de eo jure loquor quod obtinuit antè novas conſtitutiones) cautione opus eſt, ut tunc conferat mulier dotem, eum dotata eſſe cœperit *dict. l. 1. §. ſi ſub conditione 7. de collat. dot.* nec enim alio modo poteſt conferri dos quæ nondum debetur pendente conditione; ſi pure dos promiſſa ſit, ſi quidem ab extraneo eiſdem modis conferatur, quibus dotem jam datam conferri dicemus, ſin autem à patre ita confertur ut filia pro hæreditariis portionibus fratres liberet à neceſſitate præſtandæ dotis *l. 2. c. hoc tit.* quia æquiſſimum eſt in ſolidum de ſuo dotatam eſſe ut ſcribit Ulpianus *in dict. l. 1. §. filiam 8. de dot. collat.* Quæ doctrina ex eo difficilis redditur, quod ex promiſſione patris dos genero debetur non filiæ, expreſſus textus *in l. cum pater 29. de jur. dot.* adeo ut non filiæ ſed genero adverſus hæredes ſoceri actio eo nomine competat *l. ſi pater 5. c. de dot. promiſſ.* ergo filia non poterit fratres qui non ſibi ſed marito obligati ſunt à neceſſitate præſtandæ dotis liberare. Pro ſolutione dicendum quod filia quamvis dotis nomine adverſus hæredes nullam habeat actionem, poteſt tamen eos liberare, dummodo prius in ſe ſuſcipiat totam dotis obligationem ſi ex fratris obligatione integram dotem marito promiſerit, quia facta delegatione fratres à nexu obligationis omni modo liberantur *ex regula textus in l. ſi Stichum 8. §. ult. de novat.* vel ſi fratribus promittat ſe totam dotem marito ſolututam, dummodo caveat ſe fratres defenſuram contra maritum agentem adverſus eos ex ſtipulatu & tunc fratres quodammodo liberari intelliguntur, quia cautio defenſionis ſeu indemnitatis pro libertate eſt ut conſiderat Cujacius *in dict. l. 2. §. hoc tit.* nec ex eo locus erit ſenatuſconſulto Vellejano, quod ceſſat ubi mulier prima quidem facie alienam, revera autem ſuam obligationem ſuſcipit *l. aliquando 13. ad ſenatuſconſ. velleian* prout in præſenti ubi filia prima facie alienam fratrum ſcilicet, revera autem propriam ſuſcipit obligationem, quia dotem promittit marito quam pro hæreditariis portionibus fratribus conferre tenebatur.

Sin autem marito dos data ſit, aliter conſtante

11 quam ſoluto martimonio confertur, ſi enim adhuc conſtet matrimonium, non poteſt reipſa cunferri, cum regulariter mulier conſtante matrimonio nec totam dotem, nec aliquam ejus portionem petere poſſit *l. 2. ſolut. matrim. l. un. C. ſi dos conſt. matrim. ſolut. ſit*, quamvis eo prætextu utatur, quod dotem fratribus eonferre cogatur: confertur ergo per remiſſionem, ita ut filia tanto minus auferat ex ſua parte hæreditatis quantum dotis nomine debuit conferre *l. dotis 5. C. hoc tit.* Nec obſtat quod dos in diem incertum ſoluti matrimonii debetur, & id quod in diem debetur ſolum per cautionem confertur *argum textus in l. 2. §. id quoque 3. de collat. bon.* nam ut io noſtris terminis Paulus reſpondit *in l. cum poſt mortem 43. §. 1. verſ. & poterit dici de admin. tutor.* mulier etiam matrimonio dotem habet, quæ Pauli ſententia ſic explicanda eſt; maritus olim contracto matrimonio per coemptionem retum dotalium quiritarium dominium acquirebat, bonitario dominio penès uxorem temanente *l. dotalem 61. cum ſeqq. ſolut. matrimonio l. 9. c. de rei vind. l. hinc. quæritur 19. §. 1. de peculio. l. aditio 45. de acquir. hæreditate* juncta regula quam tradit Ulpinianus *in fragm. tit. 19. §. ſi ſervus 16.* & èconverſu contracto matrimonio per uſum, dominium bonitarium in maritum tranſibat ex cauſa dutis, & quiritarium penes uxorem remanebat textus ſic intelligendi *in l. quamvis 75. de jur. dot. l. Lucius 21. §. idem reſpondit 4. ad municip.* docet & eruditè hæc antiqui juris atcana exponit noſter Suarex de mendoza *lib. 1. ad leg. aquil. cap. 5. ſect. 3. ex n. 2.* nihil ergo mirum, quud etiam conſtante matrimonio, dotem cujus vel quiritarium, vel bonitarium jos ſeu dominium habebat, non per cautionem, ſed per remiſſionem mulier conferre cogeretur. hodie verò ſublatis jam bonitarii & quiritarii dominii differentiis quamvis maritus dotis ſit dominus *prin. inſtit. quibus alien. licet vel non*, adumbratum ſolum dominium habet, mulier aotem vera domina eſt *l. in rebus 3. C. de jur. dot.* & ſic ex eadem ratione dotem confert per remiſſionem; ſed adhuc ſic inſtabis quamvis mulier olim dotis eſſet domina, tamen oon indiſtincte dotem ad hæredes poruit tranſmittere, imo ſi ſtipulatio non intetceſſiſſet, mortua uxore io matrimonio dos adventitia lucro marini cedebat. Ulpianus *in fragm. tit. 6. de dotibus §. adventitia 4.* cujus juris veſtigia extant *in l. ſed etſi 23. de evin. l. ſi ab hoſtibus 10. §. 1. ſolut. matrim. l. ſed ſi alia 5. de bon. damnat.* ſimiliter & profectitia dos ſi pater ante filiam deceſſerat, penes maritum remanebat, ut expreſsè teſtatur Ulpianus *dict. tit. 6. §. mortua 5.* Rurſus per divortium ſoluto matrimoniu rei uxoriæ actio ad hætedes mulietis non tranſmittebatur niſi moram indote reddeoda maritus feciſſet Ulpianus *dict. tit. 6. §. poſt divortium 6.* textus ſic iotelligendus *in l. ſemel 26. cum l. ſeq. ſolut. matrim.* docet plures referens illuſtr. Ramos *in m. ſ. ad leg. un. §. maneat 4. C. de rei uxor. act. n. 3. & 4.* Ergo ubi ſi non interveniſſet ſtipulatio, mulier dotem non tenebatur conferre, quia quæ adhæredes non poſſunt transferre, onus collationis non ſuſtinent ut dixi *cap. 2. n. 16.* cui difficultati ut ſatisfaciam, in hoc ſicut & in aliis edictum de collatione dotis ab edicto de collat. bonor. ſeparandum exiſtimo, ita ur ex edicto collatione bonorum emancipatus ea quæ ad hæredes non poteſt tranſmittere, non confetat ex ratione quam præſtiti *dict. n. 16.* filia autem ex præſenti edicto dotem confert, qnamvis eam ad hæredes nou poſſit tranſmittere, ſeu transferre, quia edictum ſola æqualitatis ratione nititur, quæ ſuadet ut omnino dos conferarur quamvis intranſmiſſibilis ſit ut coaſideranti patebit, ex quibus facile intelligitur textus *in l. filia 20. in prin. famil. erciſc.* ubi filia quæ dotem debuit conferre conſtante matrimonio per remiſſionem *ex dict. l. 5. C. hoc tit.* per errorem cohæredum ita cavet, ut quod à marito recuperaſſet pro partibus hæreditariis ſolveret, & tamen ex ſententia Papiniani reſpondet Ulpianus quod quamvis conſtante matrimonio ipſa diem ſuum obierit, officio arbitri familiæ erciſcundæ continetur, ut dos conferarur, quia imperitia cohæredum juriſdictionis formam mutare non potuit, nec impedit collationem, quod mulier dotem ad hæredes non tranſmiſerit, quia neceſſitas conferendæ dotis intranſmiſſibilis quæ cœpit in perſuna filii in ejus hæredes rransfertur *ex regula text. in l. 14. C. hoc tit.* ſic hunc textum accepiſſe videtur Cujacius *in dict. l. un. §. illa 6. C. de rei uxor. act.*

Quud ſi obi filia ad paternam ſucceſſionem venerit, ſolutum jam ſit matrimoníum per divortium, & vir idooeus ſir, re ipſa dos conferenda eſt, ſi veto maritus non ſit ſolvendo jure Digeſtorum, non integram dotem mulier conferre tenetur, ſed quod ad eam poteſt pervenire, id eſt quod facere maritus poteſt *l. 1. §. quod ſi jam factum 6.* textus ſic intelligendus *in l. 2. de collat. bor.* quia maritus non in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt condemnatur *l. maritum 12. ſolut. matrim.* quæ diſtinctio nec locum habebat ſoluto matrimonio per mortem mariti ut indicat Ulpianus *ia dict. l. 1. §. 6.* quia hæres mariti non gaudet exceptione ſed io ſolidum condemnatur *dict. l. 12. cum l. ſeq. ſolut. matrim. l. nec maritus 8. C. hoc tit.* nec hodierno jote inſpecto omnimodo ſervatur adhuc ſoluto matrimonio per divortium poſt novellam *97. cap. 6.* ex qua deſumpta eſt *auth. quod locum C. hoc tit.* ubi ſequentem diſtinctionem adhibet Juſtinianus, aut mulieti poteſt imputari cur dotem à marito conſtante matrimonio non exegerit, & tunc integram dotem conferri oportet, quamvis maritus ſolvendo non ſit, aut nihil ei poteſt imputari, & tunc id ſolum quod maritus facere poteſt conferendum eſt; imputari autem poteſt mulieri his caſibus quìbus potuit conſtante matrimonio dotem petere marito ad inopiam vergente, primus ille eſt ſi mulier ſui juris & legitimæ ætatis fuerit *l. ſi conſtante matrimonio 24. in prin. & §. 1. ſolut. matrim.* textus ſic intelligendus *in l. ſed etſi 10. §. 1. de legat. præſt.* ſecundus ſi cum eſſet in patris poteſtate, patrem conteſtata non ſit, ut ei dotem exigenti conſentiret, pro cujus intelligentia ſciendum eſt quod olim profectitiam dotem pater ex voluntate filiæ petebat citra controverſiam *l. 2. §. 1. ſolut. matrim. l. filia 7. l. ſi ſocero 10. C. eod tit.* idemque in adventitia dote juris erat in veriori ſeotentia quam expreſsè firmat Ulpianus *dict. tit. 6. §. divortio 5.* & tuentur Hottomanus *lib. 9. obſerv. cap. 2.* & Anton. Faber *lib. 13. conject. cap. 5. & 6.* hodie autem otramque dotem filia conſentiente patre exigere poteſt ut dicitur *in nov. 97. cap. 6.* & probatur *ex l. ult. §. ubi autem 3. de bon. quæ liber.* Tertius caſus eſt ſi magnam dutem etiam conſentiente parre non petierit, magnam enim dotem ex prædicta novella ſine patris voluntate petere poteſt; nec magnam dotem intelli-

go

go cum Cujacio *in dict. nov.* 97. quæ eſt eentum libiarum auri, ſed quæ ſuperat portionem quæ ex paterna hæreditate ſperatur ſive magna, ſive exigua ſit, quam ideo filia etiam diſſentiente patre poteſt exigere ne alias præſens conſentiat, damnum & irreparabile ex ſpe & verbis ipſius novellæ comperuit Antonius Faber *dict. lib.* 13. *conject. cap.* 7. & fere præſenſit Alciatus *lib.* 4. *part. cap.* 8. immeritò reprehenſus à Cujacio in recitatione *ad dict. l.* 1. §. *cum dos de dot. collat.* Quartus denique caſus eſt ſi pater longius abſit, vel ejus perſona vilis ſit, & ſuſpecta, tunc enim filia etiam irrequiſita ejus voluntate rectè dotem perit *l. filius familias* 8. *in prin. verſ. ſed puto de procurat. l. ſi cum dotem* 22. §. *nec non* 6. *ſolut. matrim.* his omnibus caſibus mulier quæ dotem, quam exigere potuit, non exegit, non inanem actionem adverſus maritum, qui ſolvendo non eſt, ſed integram dotem confert, extra eos vero cum nihil ei poſſit imputari, ut potè quæ dotem exigere oon potuerit, id tantum quod faeere maritus poteſt, ſed actionem quantumvis inanem conferens integram hæreditariam portionem capit, & tunc ſolum hodiè procedit ſententia Ulpiani *in dict.* §. 6.

13 In eo etiam differt collatio dotis quæ fit conſtante matrimonio, à collatione quæ ſoluto matrimonio expeditur, quod conſtante matrimonio fructus rerum dotalium non conferuntur, ut advertit Vinnius *de collat cap.* 16. *n.* 10. quia fructus ex dote percepti non ſunt dotis, ſed marito eedunt propter onera matrimonii *l. dotis* 7. *de jur. dot. l. pro oneribus* 20. *C. eod. tit.* ſoluto autem matrimonio fructus qui ex tunc pertinent ad mulierem *l. fructus* 7. *in prin.* & §. 1. *cum duob. ſeqq. ſolut. matrim.* ut indicat Papinianus *in l. filius* 5. §. 1. *de dot. collat* nec fructus ſolum ſed & uſuræ conferuntur cum hac tamen diſtinctione, quod fructus omoimodo conferantur ſive mora intercefferit ſive non, uſuræ autem ita demum ſunt conferendæ ſi filiæ ſoluto matrimonio moram collationi conferunt, ut ſcribit Papinianus *in dict. l.* 5. §. 1. ubi conſciſè de more triplicem hujus doctrinæ rationem aſſignat, primam ex eo quod eum eollatio fiat boni viri arbitratu ſeu ex bona fide *l.* 2 §. 2. *l.* 5. §. 1. *de collat. bonor.* ſapit naturam judiciorum bonæ fidei in quibus fructus veniunt indiſtioctè *l. julianus* 13. §. *ſi fructibus* 10. *de act. empt.* uſuræ autem ex mora quæ per interpellationem extrajudicialem committitur *l. moram* 32. §. *in bona fidei* 2. *de uſur. cum ſimil.* accedit quod collatio fit efficio arbitri familiæ erciſcundæ *dict. l.* 20. *in prin. famil. ercisc. dict. l.* 1. *in prin. de dot. collat.* judicium autem familiæ erciſeundæ bonæ fidei eſt §. *actionum* 28. *inſtit. de act. l. inter cohæredes* 44. §. *fructus* 3. *l. non ſolum* 56. *famil. erciſc. l. non eſt ambigendum* 6. *C. eod. tit.* Larreaſeg. 3. *ſelect. cap.* 6. *ex n.* 2. ſecundam rationem ex eo deſumit quod emancipatus frater etiam fructus conferat; quam ſic explicat noſter Pichard *in dict.* §. 28. *inſtit. de act. quæſt.* 8. *n.* 30. quaſi dicat Conſultus quod cum emancipatus filius forori in familia retentæ fructus cooferre teneatur æqualitatis ſervandæ cauſa, ſoror ei profectitiæ dotis uſuras ex tempore moræ cogitur eonferre *argum. textus in l. curabit* 5. *C. de act. empt.* Hæc tamen explicatio ex eo diſplieet quod ſi vera eſſet tunc ſolum filia ex mora uſuras dotis conferret eum emolumeotum collationis à fratre pereiperet, cum tamen vel ſola prima ratio efficiat, ut ſemper ex tempore moræ uſuras conferat. Quare ex mente Cujacii *lib.* 5. *reſp. Papin. in dict. l.* 5. §. 1. *de dot. collat.* quem non rectè pro ſua opinione laudat Piehardus, mens Papiniani ſic explicanda eſt: Ex edicto de collatione bonorum emancipatus fructus confert non alia ratione, niſi quia collatio fit ex bona fide: ergo & ex edicto de dotis collatione filia ex tempore moræ uſuras quæ vicem fructuum obtinent *l. uſura* 24. *de uſur.* conferre tenetur, quia dotis etiam collatio fit arbitrato boni viri. Tertiam denique rationem ex eo deducit Papinian. quod filia partis ſuæ fructus pereipiat, quæ rejecto Papiniano hane vim habet, filia dotem confert propter hæreditariam portionem quam capit ex bonis paternis, ſed ejus portionis hæreditariæ judicio familiæ erciſcundæ fructus percipit, ergo fructus & ex quo moram commiſit uſuras quoque dotis conferre tenetur ex regula textus *in dict. l.* 13. §. *veniunt* 20. *de act. empt. l.* 5. *C. eod. tit.*

14 Illud æquè ſervatur in dotis collatione ſive conſtante ſivè ſoluto matrimonio fiat quod eum dos conferatur neceſſariarum impenſarum fit detractio, cæterarum non, ut in ſolita brevitate reſpondet Ulpianus *in dict. l.* 1. §. *cum dos* 5. *de dot. collat.* cujus ſententia facilem habet rationem quoad neceſſarias impenſas, quæ ideo ex dote quæ confertur detrahuntur, quia eam ipſo jure minuunt *l.* 1. §. *in neceſſariis* 2. *l. quod dicitur* 5. *C. de impens. in res dot. l.* 1. §. *impenſa* 4. *l.* 2. *l. dote* 4. *de dot. præleg.* pluribus relatis eruditè docet magiſter quondam noſter D. D. Joannes Fernaodez de Heneſtroza *in academ. diſſert. de impenſ. in res dot. fact. ſect.* 2. *per totam.* Nec minus expedita tes eſt quod voluntatis impenſas, quæ ex contrario ex dote conferenda non deducuntur, quia nec dotem minuunt, nec aliqua actione à marito exigi poſſuot, quamvis ex uxoris voluntate factæ *l. in voluntariis* 11. *de impenſ. in res dot.* ubi videndus D. D. Laurentius Sanctos de ſan Pedro *in ſuis ad Ariſton. comment.* Quoad utiles autem impenſas ſummè difficile eſt, quia lieet per eos dos non minuatur diverſimodè tamen pro earum conſecutione marito conſulitur; jure enim Digeſtorum ſi quidem voluntas uxoris interceſſiſſet, exactio marito eoncedebatur *l. voluntaria* 7. §. 1. *cum leg.* ſeq. *de impenſ. in res dot.* hodiè autem deductione ſublata interveniente uxoris voluntate mandati, & ea deficiente negotiorum geſtorum actio marito tribuitur *l. un.* §. *taceres* 5. *verſ. ſed nec ob impenſas C. de rei uxor. act.* Latè explicat D. Heneſtroſa *ubi nuper ſect.* 4. *per tot.* ergo mulier utiles impenſas quas marito reſundere tenetur ex dote quam confert, deducere poterit, cum certum in jure ſit collationem fieri deducto ære alieno *l.* 2. §. 1. *de collat. bonor.* ſed quamvis difficultas nonnullas antiquiores coegerit ut aſſererent inter utiles & neceſſarias impenſas in propoſito nullum eſſe diſcrimen, quorum opinio ex ipſa textus littera convincitur omiſſis quæ tradunt Bartolus & Cujacius *in dict. l.* 1. §. 5. dicendum eſt Ulpianum ibi diſcrimen quidem inter neceſſarias & utiles impenſas conſtituere, non autem in eo quod utiles ad differentiam neceſſariarum non deducantur, ſed in eo potius quod neceſſariæ ex dote omnimodo detrahuntur non ex aliis bonis paraphernis, utiles autem non ſolum ex dote

ſed ex reliquis bonis deducuntur, cujus diffe-
rentiæ ratio elegans eſt: impenſæ neceſſariæ do-
tem ipſo jure minuunt, & ſic minorem efficiunt
abſque uxoris culpa, ergo mulier dotem ſolum
quæ ſupereſt deductis neceſſariis impenſis con-
fert, ac proinde impenſas ſolum ex dote deducit,
utiles vero dotem non minuunt quamvis ab uxo-
re debeantur, quapropter ex omnibus bonis pro
rata detrahuntur arg. *textus in l. Titius* 54. *ad
Trebellian.* junctis quæ dixi *cap.* 2. *n.* 31. unde
minus confert mulier propter impenſas neceſſari-
as quas ſolum ex dote deducit quam propter uti-
les, quas non modo ex dote ſed aliis bonis detra-
hit, ſic docet quamvis non ſic ſe expediat ſubti-
liſſimus Goffredus *in dict.* §. 5. ſed dices hanc
interpretationem eſſe contra mentem & litteram
Ulpiani qui utiles impenſas à voluntariis non ſe-
cernit, ſed propter neceſſarias cæteras detrahen-
das non eſſe reſpondet, ergo cum voluntariæ nec
ex dote, nec ex cæteris bonis detrahantur idem
jus in utilibus debet obſervari. Reſpondendum
tamen eſt ideo Ulpianum ideo utiles impenſas
voluntariis conjungere, quia à neceſſariis in eo diſ-
tinguntur, quia cum neceſſaria ex dote ſolum de-
ducantur: cæteræ non omnimodo ex dote detra-
huntur, ſed voluntariæ nec ex dote, nec ex aliis
bonis, utiles vero tantum ex dote, ſed ex cæte-
ris bonis pro rara detrahuntur.

15 Sed & illud otriuſque collationis commone
eſt, quod fieri debet pro hæreditariis portionibus,
ita ut filia ſuam etiam perſonam nomeret in par-
tibus faciendis *l.* 1. §. *ult. verſ. dotis de collat. bon.*
Et ſi quidem uni tantum dotem conferat, rantum
in ratione quotæ partis conferre teneatur quan-
tum ex paternis bonis aufert, ſi vero pluribus
conferat, plus in ratione quantitatis debeat con-
ferre quam aufert ex paterna hæreditate ut in-
nuitur *in dict. l.* 1. §. *ult. & in dict. l.* 1. §. 8.
de dot. collat. & in dict. l. 2. *C. hoc tit.* cujus
differentiæ ratio deſumenda erit ex his quæ cir-
ca portiones collationis bonorum faciendæ latè
diſputavi *cap* 2. *ex n.* 32. omnia enim quæ
in hac re circa collationem bonorum ſervantur
ferè in dotis collatione procedunt. Dixi ferè
quia in propoſito in eo differt dotis collatio à
collatione bonorum quod plures emancipati in-
diſtinctè quoad collationem bonorum unius per-
ſonæ vice funguntur ex eo quod ſibi invicem
conferre non poſſunt, ut dixi *cap.* 2. *n.* 34.
plures autem filiæ vel neptes dotem conferentes
non unius perſonæ vicem ſubſtituunt, quia &
ſibi invicem conferunt *dict. l.* 1. §. 2. *&* 4. *de
dot. collat.* niſi forſan nepotes dotem parentibus
ſuis datam aut promiſſam conferant textus *in dict.
l.* 19. *C. hoc tit.* quæ omnia jam explicavi ſupra
hoc capite n. 7. *cum duob. ſeqq.*

16 Super eſt ut caſus quibus filia non urgetur
ad dotis collationem diſcutiamus, & ſi quidem
ſi ſe paterna hæreditate obſtinaverit, fratribus
dotem conferre non cogitur ut D. Marcum reſ-
cripſiſſe refert Triphoninus *in l. ult. de dot. collat.*
quia quamvis poſt abſtentionem hæres adhuc
maneat ſecundum jus civile, juris tamen præto-
rii beneficio hæredis conceptum amittit, & ratio
æquitatis non patitur ot quæ nullum emolumen-
tum paternæ hæreditaris acquirit dotis collatio-
ne prægravetur, ex qua doctrina infert conſul-
tus quod non ſolum data dos apud maritum re-
manebit, ſed & promiſſa exigetur etiam à fra-
tribus, quia æris alieni locum ſubit, utpotè quæ
à bonis Patris abceſſerit. Nec ex eo docet à con-
trario ſenſu quod ſi dos marito data conferenda
foret, apud maritum non remaneret, cum cer-
tum ſit, ſtante matrimonio mulierem dotem exi-
gere non poſſe etſi maxime eam conferre coga-
tur *ex dict. l.* 5. *C. hoc. tit.* ſed innuit quod ubi
filia ſe abſtinet ab hæreditate dos data integra re-
manebit apud maritum, quia ſi conferenda foret
non integra apud maritum remanere intelligere-
tur, cum filia tanto minus ex paternis bonis eſſet
ablatura, quantum dotis nomine conferre tenere-
tur. Nec ſolum filia ſe abſtinens à paterna hære-
ditate eximitur à dotis collatione, ſed et ſi hære-
ditati ſe immiſcuerit, non ſemper onere collatio-
nis adſtringitur; jure enim Digeſtorum profecti-
tia dos ita demum conferebatur, ſi pater eam ſibi
ſtipulatus non fuiſſet *l. un.* §. *quo à nobis recepto*
12. *C. de rei uxor. act.* quod non ex eo provenie-
bat quod actio ex ſtipulatu ſtricti juris ſit com-
petens mulieri quoties vel ipſa dotem fuit ſtipu-
lata, vel ipſi negotium geſtum juxta terminos
textus *in l. penult. de negotiis geſt.* ſtricti juris eſt,
& tamen mulier etiam tunc dotem debitam ex
ſtipulatione cogitur conferre, dummodo non ſit
alii quæſita ſtipulatio *dict. l.* 1. §. 1. *de dot. col-
lat.* Sed ex eo potius quod actio ex ſtipulatu
patri dotis nomine acquiſita poſt obitum ejus non
erat præcipua filiæ, ſed in omnes hæredes pro
partibus hæreditariis tranſmittebatur ad differen-
tiam rei uxoriæ, quæ mortuo patre propria filiæ
eſt, nec cum fratribus communicatur *dict. l. un.*
§. *videamus* 11. *& cum collatio* in id ſit inventa
ut dos propria filiæ fratribus communicetur, ne-
ceſſario ceſſabat ubi patris ſtipulatio præceſſerat,
quæ ipſo jure pro rata etiam ad fratres cohære-
des pertinebat, donec Juſtinianus *in dict. l. un.*
§. 11. *cum ſeq.* naturam actionis rei uxoriæ ac-
tioni ex ſtipulatu accommodavit, adeo ut actio
ex ſtipulatu mortuo patre ſolius filiæ præcipua
ſit, nec minus conferatur dos debita ex pater-
na ſtipulatione quam olim conferebatur quæ rei
uxoriæ actione debebatur.

Rurſus ſi filia paterno teſtamento hæres inſti- 17
tuitur licet ſi hæreditati immiſcuerit dotem fra-
tribus conferre non tenetur *l. Theopompus* 14. *de
dot. præleg. l. ſi filia* 3. *de dot. collat. dict. l. un.*
§. 12. *C. de rei uxor. act. l. filiam.* 7. *C. hoc tit.*
quia pater filiam quam ut extraneam ad hæredi-
tatem admittit *l.* 1. §. *Pomponius* 8. *de Carbon.
edict.* hoc ipſo ab onere collationis liberare intel-
ligitur, ut de emancipato hærede inſtituto dice-
bam *ſupra cap.* 1. *n.* 16. Huc pertinet textus *in
l. Pomponius* 35. *famil. erciſcundæ* ubi filia hæ-
res inſtituta non ſolum non confert dotem, ſed et
dotis exemplo præcipua retinet prædia quæ dotis
cauſa pater ei tradidit, & quorum reditus genero
ſolvi mandavit. De hujus textus expoſitione cir-
ca alia quæ ad noſtrum tractatum non ſpectant
videndi contra Antonium Fab. & Schiphordege-
rum latè diſputantes Lareaſegui *lib.* 4. *ſelect. cap.*
10. *n.* 5. *cum duob. ſeq.* & Arias de Meſa 3. *var.
cap.* 17. *&* 18. nec ſolum id procedit ubi filia ex
teſtamento ſe immiſcet hæreditati, ſed etſi com-
miſſo edicto per fratrem præteritum contra ta-
bulas bonorum poſſeſſionem agnoverit dotem non
confert, quia adhuc nullam injuriam fratribus
irrogat, ſed partem quam meruit ex judicio pa-
tris aufert per bonorum poſſeſſionem *dict. l.* 3. *de
dot. collat* ubi quod dicitur filiam hæredem inſti-
tutam commiſſo edicto neceſſe habere contra ta-

bulas bonorum poſſeſſionem accipere, non eſt accipiendum de neceſſitate præciſivè, quæ nulla hic vertitur, cum filia etiam non agoita bonorum poſſeſſione contra tabulas pro parte, ex qua hæres ſcripta fuit à Prætore tueatur *l. ſi filius* 10. *de collat. bonor.* ſed de neceſſitate cauſativa ut majorem utilitatem conſequatur, nam ſi cum poſſet commiſſo edicto contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere ex teſtamento ſe immiſcuiſſet, aut ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem petiiſſet, ſi autem contra tabulas bonorum poſſeſſionem acceperit exceptis dumtaxat perſonis legata præſtare tenetur ex dicto *de legatis præſtandis*, nec locus eſt edicto *ſi quis omiſſa cauſ. teſtamenti*, quia cum filia jure ſuo utatur non exteros legatarios fraudare, ſed propriæ utilitati conſulere intelligitur *ex regula textus in l. 6. §. ſi patronatus* 8. *ſi quis omiſſa cauſ. teſtam. l. cum pater* 77. §. *Titio* 31. *de legat.* 2. Hæc aotem doctrina fallit ut adjicit Ulpianus *in dict. l. 3. verſ. plane* ſi ex minore parte filia hæres inſtituta agnita bonorum poſſeſſione contra tabulas majorem partem conſequatur, tunc enim pro rata ejus partis, quam ſine patris judicio percipit dotis collatione fungitur, ideſt dotem confert. Ut explicat Duarenus 5. *diſput. cap.* 14. in quibus terminis intelligendus eſt textus alias difficilis *in l. 2. de dot. collat.* junctis quæ dixi *cap.* 1. *n.* 18.

18 Ex quibus explicandus eſt textus *in l. filius 5. de dot. collat.* junctis quæ dixi *cap.* 1. *n.* 18. ubi proponit Papinianus quod pater qui filiam dotatam in poteſtate habebat, & duos fibos alterum emancipatum & filiam in poteſtate exiſtentes ex æquis partibus hæredes inſtituit; & emancipatum præterivit, qui cum petere deberet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, per errorem agnovit bonorum poſſeſſionem *unde liberi* quæ non competit ubi contra tabulas vel ſecundum tabulas bonorum poſſeſſio peti poteſt *l.* 1. §. *ita autem 2. ſi tabul. teſtam. null. extab.* filia errorem fratris emancipati ſecuta non *contra tabulas* ſed *unde liberi* bonorum poſſeſſionem agnovit, alter filius vel eodem errore deceptus petit bonorum poſſeſſionem oodè liberi ut ſupponit Cujacius *lib. 5. reſponſ. Papinianus in dict. l.* 5. ex eo quod alii ab aliis ſæpe impellimur in eumdem errorem; vel ex teſtamento ſe immiſcuit aut ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnovit prout contendit D. Zamora *de collat.* 3. *part. n.* 16. quod non diſputo, quia ad rem noſtram non conducit. Quæritur an filia fratri in poteſtate retento cooferre dotem cogatur, & reſpondet Papinianus quod dotem ſcripto fratri in poteſtate retento reddere non tenetur, quia licet ab inteſtato bonorum poſſeſſionem agnoverit, & ea ratione dotis collationi obnoxia reddi videretur, tamen ea bonorum poſſeſſio fruſtra petita fuit; & cedit pro bonorum poſſeſſione contra tabulas *argum. textus in l.* 2. §. 1. *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Nec tamen ex eo inferas quod ſi bonorum poſſeſſio *unde liberi* non cederet pro *contra tabulas* filia dotem fratri conferre teneretur, nam contrarium expreſsè conſtat ex eleganti textu *in l. ſi filius* 23. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ubi cum in eadem ſpecie filius & filia retenti non per errorem ſed ex conſilio omiſſa cauſa teſtamenti unde liberi bonorum acceperint, reſpondetur filiam dotem fratri conferre non teneri, quia ut ſcripta videtur hæreditatem habere. quæ ratio ſic expoocnda eſt, filius & filia qui hæredes ſcripti omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato bonorum poſſeſſionem acceperunt procul dubio inciderunt in edictum *ſi quis omiſſa cauſ. teſtam.* ita ut omnia legata præſtare teneantur *l.* 1. §. *quis in poteſtate* 7. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ratione quam tradit D. Retes *in adverſ. ad tit. de legat. præſt. cap.* 11. *n.* 3. *ergo filia* tanquam hæres inſtituta admittitur ad hæreditatem, & ſic dotis collatione non fungitur, vel etiam ſic poteſt prædicta ratio explicari: voluntas patris excludendæ collationis quæ deſumitur ex inſtitutione adhuc durat everſo teſtamento per abſtentionem ex his quæ ſcripſit *dict. cap.* 1. *n.* 17. ergo filia quoad effectum non conferendæ dotis tanquam ſcripta videtur hæreditatem habere, quapropter ratio illa qua utitur Papinianus *in dict. l.* 5. ad excludendam collationem, quod ſcilicet bonorum poſſeſſio unde liberi cedit pro contra tabulas bonorum poſſeſſione non eſt fundamentalis, ſed in id ſolum affertur, ut oſtendatur filiam non ab inteſtato ſed ex teſtamento bonorum poſſeſſionem cognoviſſe; vera igitur ratio cauſæ, quam poſtea ſubjungit Conſultus, videlicet quod filia patris voluntatem [elego non *fratris* ſed *patris* prout emendatiores codices habent & animadvertit Cujacius *dict. lib. 5. reſponſ. Papin. in dict. l.* 5.] hoc ideſt uſque ad finem virilis partis retinet, id eſt partem ſuam capit ex judicio parentis defuncti ſeu diſpoſitione, ac per conſequens non confert *ex dict. l. 3. de dot. collat.* ſed tunc merito poteſt quæri cur non diſputet Papinianus an filia fratri emancipato dotem conferre teneatur; cum certi juris ſit filiam quamvis ſit in familia retentam profectitiam dotem etiam fratribus emancipatis conferre *ex dict. l. 4. C. hoc tit.* cui dubio ut reſpondeam, conſtanter aſſerendum exiſtimo filiam in ſpecie Papiniani non ſolum fratri in familia retento dotem noo conferre, ſed nec fratri emancipato: ergo regula textus *in dict. l.* 4. ut in ipſo textu dicitur ſolum obtinet ubi filia ſine parentis voluntate admittitur ad hæreditatem, & ceſſat ubi hæres inſtituta ſit quamvis contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoverit. Ratio verò cur Papinianus ſolum quærat an filia fratri in familia retento dotem conferat, & non eamdem quæſtionem vertet circa fratrem emancipatum, meo quidem judicio ex eo provenit quod filia utpote ex ſemiſſe hæres inſtituta ſemiſſem auferret; niſi emancipatus frater contra tabulas booorum poſſeſſionem agnoſceret; hæc autem concurrente emancipato ſolum trientem conſequitur; ut ait Papinianus in fine textus; abſurdum autem eſſet quærere an filia emancipato fratri, per cujus concurſum injuriam non levem experitur, dotem conferre teneatur? eleganter ergo ſolum quæſtio vertebatur circa fratrem in familia retentum & hæredem ſcriptum, qui cum nullam irroget injuriam ſorori, & familia incommodum patiatur per emancipati concurſum, rectè dotis collationem deſiderari videbatur; reſponſum autem non minus eleganter fuit, nec eum juſtè deſiderare collationem quia filia partem ex paterno judicio conſequitur ex regula textus *in dict. l.* 3. ſimiliter ex eadem facile intelligitur textus *in l. nec ipſa 7. juncta l. anteced. de dot. collat.* junctis quæ circa ejus expoſitionem dixi *dict. cap.* 1. *n.* 15. quibus ſolum adjicio ideo in ejus ſerie

filiam in familia retentam, quamvis ab inteſtato ſuccedat, profectitiam dotem fratri emancipato non conferre, quia ceſſat ratio ſupra allata n. 2. cum enim emancipatos ut potè hæres inſtitutus ſorori in familia retentæ bona non conferat, edicti æquitas exigit ut nec ipſam profectitiam dotem fratri emancipato conferre teneatur.

19 Patitur tamen hæc doctrina expeditam illam limitationem, ſcilicet ſi pater ſpecialiter teſtamento juſſerit filiam hæredem inſtitutam dotem conferre *dict. l. 7. C. hoc tit.* quia cum ſola voluntas patris elicita ex inſtitutione filiam liberet à collatione, ubi contrarium ſpecialiter à patre cautum eſt, ex ejus voluntate inducitur; ſed arguet ſic aliquis; tacita voluntas patris ſufficit ad excludendam dotis collationem, ergo ex contrario tacita voluntas ſufficit ad eam inducendam, ac per conſequens falſo exigitur voluntas ſpecialis; antecedens probatur *l. ex parte* 39. §. 1. *famil. erciſcunda* ubi pater inteſtatus decedens codicillis factis omne ſuum patrimonium inter liberos diviſit, & longe amplius filio quam filiæ reliquit, quærebatur de dotis collatione, & reſpoudit ſcævola dotis collationem ceſſare propter voluntatem paternam, quæ ex eo deſumitur quod pater nihil in liberos indiviſum reliquit. Pro cujus difficultatis ſolutione dicendum eſt, quod quamvis trita voluotas patris excludat dotis collationem ex *dict. l.* 39. §. 1. tamen ad hoc ut filia hæres inſtituta dotem conferat, ſpecialis voluntas requiritur, quia cum filia ut dotis collatione liberetur, pro ſe habeat ſpecialem voluntatem patris deſumptam ex inſtitutione, non poteſt ſubjici collationi, niſi ea ſpecialis voluntas per contrariam æquè ſpecialem voluntatem eliciatur ex regula textus *in l. nihil* 35. *de Reg. jur.* ex quibus venit intelligendus textus elegans *in l. pater* 8. *de dot. collat.* ubi pater nubenti filiæ quaſdam res præter dotem dedit, eamque in familia, retentam ſub ea conditione hæredem inſtituit ſi dotem & cætera quæ nubenti tradidit fratribus cohæredibus contuliſſet, ſi filia hæreditati ſe immiſcere vellet, ſupponit & rectè Papinianus quod prius dotem & alia quæ à patre acceperat ex ejus voluntate conferre deberet, cum autem ſe bonis abſtinuiſſet, non quidem quæritur de dote, quam non confert *ex dict. l. ult. eod tit.* nec pater ei potuit auferre *l. 4. C. ſolut. matrim.* ſed de cæteris rebus non in dotem datis, quas fratres eo prætextu vindicabant, quod donatio à patre in filiamfamilias collata morte non confirmatur, ſi contrarium ejus judicium probetur *l. 18. C. famil. erciſc.* contrarium autem judicium patris ex eo interveniſſe contendebant, quod cum filiam hæredem inſtituiſſet ſub conditione ſi res donatas conferret, ſatis ſignificavit ea eſſe voluntate ut filia eas præcipuas non haberet; Papinianus tamen reſpondit filiam, quæ ſe paternis bonis abſtinuit poſſe fratres per exceptionem doli ſubmovere ut qui res donatas vindicant contra teſtatoris voluntatem ex regula textus *in l.4. §. præterea* 10. *de dol. mal. except.* qui hoc ipſo quod filiam hæredem ſcripſit ſub conditione ſi res donatas contuliſſet, donationem confirmare cenſetur, quam non aliter filia poſſet conferre, quam ſi propria ejus fuiſſet ut conſiderat Antonius Faber *dict. lib.* 17. *conject. cap.* 17. & filiam alterutrum habere voluit ut ait Papinianus id eſt ea fuit patris voluntas, ut filia hæreditati ſe immiſcens res donatas conferret, ergo ſi ſe abſtineat ex primæva voluntate patris, quæ adfuit tempore donationis, res donatas retinet & fratres eas vindicantes per exceptionem doli jure repellit docet Larreaſegui *lib. 4. ſelect. cap. 2. numero* 3.

20 Hæc autem regula quæ habet filiam hæredem inſtitutam dotem non conferre & generaliter ex teſtamento collationi locum non eſſe, anſam præbuit novæ Juſtiniani conſtitutioni in ſingulari textu *in l. ult. C. commun. utriuſq. jud.* ubi ſi quis pro filio vel filia dotem, aut ante nuptias donationem dederit; & cum ſoluto matrimonio ex ſtipulatione vel lege dos aut donatio ad eum rediiſſet, teſtamentum condiderit, & nihil de dote aut donatione diſpoſuerit, quæritur an filius vel filia hujuſmodi dotem aut donationem præcipuam habeat? & ſubſequentis diſtinctionis fœdere quæſtionem dirimit Juſtinianus; aut pater una cum filio aut filia extraneos hæredes ſcripſit, & tunc filius vel filia dotem aut donationem præcipuam habere debet quia æquitatis ratio ſuadet, ut dos aut donatio quæ filiis aut filiæ fuit patrimonium, quamvis ad patrem redlerit, extraneis nou communicetur, ſed apud filium aut filiam remaneat, aut ſimul cum filio aut filia alios liberos hæredes inſtituit, & tunc multum intereſt an alii liberi dotem aut ante nuptias donationem à patre acceptarint, an non, ſi enim nihil à patre dotia aut donationis nomine fuerint lucrati; filius aut filia dotem aut donationem ad patrem reverſam præcipuam non habet, ſed dos aut donatio inter omnes liberos dividitur ſecundum inſtitutionis tenorem quia in paterna ſubſtantia reperitur *l. ſed &* 10. *de bon. damnat.*, ſi vero alii liberi dotem aut ante nuptias donationem accepiſſent, ſumma inter liberos inæqualitas ex eo oriebatur, quod liberi dotem aut donationem ad patrem non reverſam ut potè hæredes inſtituti non conferebant, alter autem filius vel filia dotem aut donationem ad patrem jam reverſam præcipuam habere non poſſe videbatur, quia cum portio eſſet paternæ hæreditatis familiæ erciſcundæ judicio ad communionem revocari deberet; verum Juſtinianus non ſtrictum jus ſed æquitatem attendens conſtituit ut filius aut filia dotem aut donationem, quamvis ad patrem reverſam ex communi hæreditate, deducat, ita tamen ut omnium liberorum æquale ſit lucrum & ſi dos aut donatio ad patrem reverſa major ſit fratrum cohæredum dote aut donatione, tanta quantitas ex dote aut donatione ad patrem reverſa deducatur, quanta dos eſt aut donatio ad patrem reverſa minor ſit, ea ſola præcipua retinetur, & cæteri liberi ſuas dotes vel donationes integras retinent ut deciditur *in verſ. illico* prout notavit Dionyſius Gothofredus quamvis non animadverterit Franciſcus Raguellus *ad deciſionem Juſtiniani in dict. l. ult.* nec eo nomine indignari filium aut filiam oportet quod minus lucrum ſentiat, ex dote aut donatione ad patrem reverſa, quam fratres aut ſorores ex ſuis dotibus aut donationibus percipiunt, cum ſtricto jure inſpecto dos aut donatio quæ ad patrem redit inter omnes liberos ſemper dividenda foret, Conſulendi Petrus Barboſa *in l. ſi cum dotem* 22. §. *pater* 1. *ſolut. matrim, à n.* 22. Caldas *lib. 1. forens. quæſt.* 16.

& auth. ex teſtamento C. hoc tit. ubi Juſtinianus generaliter ex teſtamento non minus quam ab inteſtato collationes fieri præcipit, niſi aliud à teſtatore cautum ſit ut ſic omnimodo æqualitas inter liberos ſervetur.

21 Denique filia in familia retenta exhæredata vel emancipata præterita quæ legatum ex teſtamento patris accepit ad dotis collationem non urgetur, ſed dotem præcipuam habet & legatum *l. ſi pater 4. de dot. collat.* tum quia legatum extero jure capit ex judicio patris, tum etiam quia cum non univerſali ſed particulari titulo parenti ſuccedat *§. legatariis* 11. *inſtit. de teſtam ordin.* nullum fratribus infert incommodum. Quam ob rem ultra interpretes aſſerere audeo etiam poſt dictam novellam 18. *cap.* 6. filiam, quæ legatum dumtaxat à patre acceperit dotem habere præcipuam, ceſſat quippe ratio æqualitatis qua tota nititur novellæ diſpoſitio, idemque juris eſt, ſi filia ex teſtamento vel codicillis, quamvis ab inteſtato factis fideicommiſſum meruerit *l. à patre* 10. *C. hoc tit.* in qua etiam ſententia accipiendus eſt textus alias difficilis *in l. filiam* 16. *C. hoc tit.* cujus litteram quæ ita ſe habet: *filiam cum fratribus ſuis cohæredibus inteſtato patre ſuccedentem, ultra relictum codicillis non conferentem dotem judicio familiæ erciſcundæ* nihil *poſſe conſequi ſumma cum ratione placuit*, ſic conſtruendam eſſe cum judicio admonuit Antonius Faber *de error. pragmat. decad.* 40. *error.* 4. *n.* 6. filiam inteſtato patri ſuccedentem, ſi dotem non conferat, nihil familiæ erciſcundæ judicio poſſe conſequi ultra id quod in codicillis relictum eſt merito placuit, ut ſenſus ſit filia quæ codicillis fideicommiſſum accepit, ſi quidem non contenta fideicommiſſo ad inteſtatam parentis ſucceſſionem adſpiraverit dotem fratribus teneatur conferre; ſin autem maluerit habere præcipuam, fideicommiſſum tantum percipit, ad paternam vero hæreditatem admitti fruſtra deſiderat, nec id in particulari deſiderat duntaxat, ſed in univerſali fideicommiſſo procedit, ut tenere videtur Vinnius *de collat. cap.* 9. *n.* 4. quia licet in Trebelliano ſuccedens loco hæredis habeatur *l. ſi filius* 5. §. 1. *quod cum eo §. reſtituta* 3. *inſtit. de fideicom. hæred.* & judicio defuncti patris partem hæreditatis percipit, noviſſimo autem jure, ut potè univerſali titulo quamvis obliquo ſuccedens dotis collatione onerabitur. Sed tunc quæritur cur Pomponius *in dict. l.* 4. non de filia ſua ſed de emancipata præterita loquatur? Cujac. *ad Pandectas in eadem leg.* reſpondet ideo Conſultum loqui de emancipata quia ſi ſua ſit præterita ipſo jure nullum eſt teſtamentum, in quo miror mehercle doctiſſimum virum vulgatiſſimi principii oblitum quod extat *in principio inſtit. verſ. ſed non ita de filiabus de exhered. liber.* Dicendum ergo eſt ideo ſpeciem poſitam à Pomponio in filia emancipata non in ſua, quia emancipata ubi ſemel legatum agnovit, ſemper dotem habet præcipuam, cum jam non poſſit petere contra tabulas bonorum poſſeſſionem ex regula textus *in l. ſi filius* 30. *de minoribus l. ſi præteritus* 15. *l.* ſed *ſub conditione* 18. §. 1. *de bonor. poſſeſ. cont. tab.* Retes *in adverſ. de bon. poſſeſ. cont tab. cap.* 6. ac proinde nec patri univerſali titulo ſuccedere; filia autem ſua præterita quamvis legatum agnoviſſet, poterat hoc jure uti exiſtimo tanquam hæres, & partem hæreditatis ab ſcriptis hæredibus avocare, nec enim ab inteſtato ſed tanquam hæres inſtituta ad partem hæreditatis vocabatur, expreſſus textus *in l. maximum vitium* 4. *de liber. præter.* obſervat noſter Valent. *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 15. & expeditum eſt, hæredem inſtitutum ex eodem teſtamento poſſe legatum à cohæredibus accipere *l. qui filiabus* 17. *§. ult. de legat.* 1. hoc autem ipſo quod præter legatum partem hæreditatis filia caperet, dotis collationi reddebatur obnoxia. Nec obſtat quod tanquam hæres ſcripta admitteretur, quia partem hæreditatis ſaltem præter judicium parentis percipiebat, quod declaravit ni fallor, reſcriptum illud Antonii Pii quo utitur Ulpianus *in dict. l.* 1. *in prin. de dot. collat.* ſicuti & alia circa præteritas filias eumdem Principem conſtituiſſe conſtat *ex dict. l.* 4. *C. de liber. præteritis.*

22 Elegans ergo quamvis obſcurus, & hucuſque forſan non intellectus eſt Pomponius *in dict. l.* 4. dum ut filiam præteritam agnoſcentem liberet à collationis incommodo, non in ſua ſed in emancipata caſum ponit, & ut filiam exhæredatam, quæ legatum agnoverit, à dotis collatione, ſimiliter reddat immunem, de filia ſimpliciter loquitur, nec curat an ſit in poteſtate, an emancipata, quæcumque enim ex teſtamento, ex quo notam hæreditatem contraxit, legatum acceperit & paternum judicium comprobarit, jam patri tanquam hæres nequit ſuccedere, cum inoffcioſi querelæ, quæ ſola ſupereſt exhæreditatis ad ſucceſſionem janua renuntiaſſe credatur ex regula textus *in l. Papinianus* 8. *§. ſi conditioni* 10. *l. ult. in prin. & §.* 1. *de inoff. teſtam. cum ſimil.* nec mirum quod exhæredata dotem recipiat, plura quippè retinent exhæredati quæ congeſſit noſter Valentia *ad tractat.* 3. *cap.* 4. *n.* 3. inter quæ dos etiam numeratur, quæ hoc quidem jure dummodo rei uxoriæ actione debeatur, ab exhæredata percipitur, nam ſi actione ex ſtipulatu deberetur ad exhæredatam ſpectare non poterat, ſed ad patrem hæredia duntaxat, conſtat *ex dictis n.* 16. Poſt Juſtinianum vero indiſtinctè præcipitur *ex dict. l. un. §. videamus* 11. *C. de rei uxor. act.* nec filia dotem legato debet compenſare; tum quia pater, qui pro filia dotem promiſit, vel à genero ſine conſenſu filiæ exegit, nunquam filiæ debitor eſt ſed generi potius, cui vel ex promiſſione, ſi non dubio ſolvit, vel conditione ſuam exegit dotem reddere cogitur *l. cum pater* 29. *de jur. dot. l. qui hominem* 34. *§. qui genero* 6. *de ſolut.* nec filiæ his caſibus actio contra patrem, aut ejus hæredes competit, ſed contra maritum *l. ſi ſocer.* 44. §. 1. *ſolut matrim. l.* 7. *C. de dot. promiſſ.* & ſic non poteſt legatum compenſandi animum relictum intelligi, quia nec debita eſt dos à patre filiæ ut poſſit compenſari, ut cum pluribus docet noſter Arias de Meſa *lib.* 2. *var. Cap.* 11. *n.* 2. *cum duobus ſeqq.* tunc etiam quia etſi pater ſuperioribus caſibus dotem filiæ deberet ut falſo contendunt Robertus *lib.* 2. *animadv. cap.* 16. & Petrus Barboſa *in l. ſi cum dotem* 22. §. *ſi pater* 3. *ſolut. matrim. n.* 6. non eo magis compenſatio locum haberet, quia debitor qui ſimpliciter creditori ſuo legatum relinquit in dubio non intelligitur animo compenſandi legaſſe *l. creditorem* 85. *de legat.* 2. *cum vulg.* ſivè debitum neceſſarium ſit ſivè voluntarium in veriori quamvis communi ſententià quam

Digitized by Google

tenet cum aliis noſter Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 3. cap. 2. ex n. 14.* & late fundavi *in privat. tract. de leg. debit. credit relict. cap.* 3. ferè per tot. quidquid fruſtra communem ſententiam defendat Arias de Meſa *lib. 2. cap. 9. per tot.*

23 Fallit hæc doctrina ſi evidens vel conjecturata voluntas patris ea fuerit, ut filia alterutro contenta ſit vel legato, vel dote, veluti ſi dotem filiæ legaverit *ut dict. l. 29. de jur. dot.* vel legatum pro dote vel dotis nomine reliquerit ut *in l. Titia 34. §. qui in vita 5. de legat. 2. l. virilis* 8. *§. ult. de legat. præſt. l. 2. in prin. verſ. ſed etſi de dot. præleg.* aut ſi eamdem quantitatem legaverit, quam ex cauſa dotis debebat, textus ſic intelligendus *in dict. l. 22. §. 3. ſoluto matrim. l. hujuſmodi* 84. *§. cum pater 6. de legat.* 1. vel ſi id ipſum quod filiæ legaverat poſtea dotis nomine dederit ut *in l. filia* 11. *de legat.* quibus omnibus caſibus ſive pater dotem à genero, non conſentiente filia, exegerit ex voluntate defuncti quodammodo compenſatio, ita ut filio vel legatum vel dotem petere debeat; ſivè dos adhuc ex promiſſione debeatur ſemel duntaxat ab hærede patris ſolvatur, vel filiæ ex legato, vel marito ex pr miſſione ut conſtat ex dictis juribus & docent Valentia *dict. cap. 2. n. 16. cum duobus ſeqq.* & Meſa *dict. lib. 2. cap.* 11. qui ibidem *n.* 8. explicat elegantem textum *in l. pater* 14. *ad leg. falcid.* cujus explicationem ſicut & alia plura, quæ eo capite tradit, forſan habuit ab illuſtriſſimo Ramos de Manſano *in m. ſ. ad leg. un. §. primum itaque* 3. *C. de rei uxor. act. ex n.* 15. Nec tamen obſtat exemplum uxoris quo legatum de marito relictum agnoſcens jure pandectarum, dotem petere non poterat *dict. l. un. §. 3. & §. igitur* 8. *ult. Cod. Theodoſ. de teſtamentis*, nam facile reſpondetur id eveniſſe propter edictum de alterutro, quo à Prætore cautum erat, ut ſi dos actione rei uxoriæ deberetur, uxor alterutro contenta eſſet, ita ut vel dotem jure ſuo, vel legatum ex teſtamento peteret, quorum altero electo ad alium tranſire non poterat, eo quo nomine ex auctoritate edicti ſatiſdare cogebatur, ſin autem dos actione ex ſtipulatu ceſſante edicto alterutro quod eleganter illuſtrant de Ramos *ubi ſupra ex n.* 8. & Arias de Meſa *dict. lib. 2. cap.* 10. *per tot.* qui tamen non rectam rationem differentiæ aſſignant inter actionem rei uxoriæ & actionem ex ſtipulatu, potius præfero quam ex mente ipſius textus inſinuavit Cujacius *in dict. l. un. §.* 3. ubi Juſtinianus veteri actionum rei uxoriæ & ex ſtipulatu differentia ſublata jus proprium actionis ex ſtipulatu quaſi dotibus favorabilibus confirmavit ut deinceps. legatum à marito uxori ſimpliciter relictum non compenſetur cum dote, ſed utrumque mulier conſequatur, in legato autem filiæ relicto nec hodie eſt, nec olim fuit locus edicto de alterutro; nam nullo jure dos filiæ debetur, quapropter & olim poterat, nunc poteſt filia utrumque conſequi legatum ſcilicet & dotem, quam non confert ſed præcipuam retinet *ex dict. l. 4. de dot. collat.*

CAPUT V.

De collatione eorum quæ facto teſtamento in legitimam imputarentur.

ATtingimus jam poſtremam noſtræ tractationis partem de conferendis his quæ facto teſtamento in legitimam imputanda forent circa quam generalem regulam tradit Juſtinianus *in l. illud* 20. *in prin. C. hoc tit* quod ſcilicet omnia quæ condito teſtamento in legitimam imputantur his qui ad inofficioſi querelam vocantur omnino conferuntur, ſi inteſtatus is deceſſerit de cujus ſucceſſione tractatur, quod ut intelligatur ſupponendum jure Digeſtorum non omnibus liberis à parente in cujus fuerunt poteſtate exhæredatis aut à matre vel avo materno præteritis inofficioſi teſtamenti querelam competiiſſe, ſed his duntaxat, quibus legitima relicta non fuiſſet, ita ut filius exhæredatus, qui legitimam ex teſtamento meruiſſet, ſubmoveretur à querela *l. Papinianus* 8. *§. ſi quis 6. & §. quoniam quarta* 9. Quod jus paulatim Juſtinianus emendavit primum *in l. omnimodo* 30. *in prin. C. de inoff. teſtam.* ubi conſtituit ut ſi quidem nihil exhæredatis aut præteritis relictum fuit, inofficioſi querelæ ſit locus, ſin autem aliquid & ſi minus legitima relictum fuerit inofficioſi querela quieſcente, id quod deeſt arbitrio boni viri uſque ad legitimam portionem ſuppleatur, quod olim ſolum uno, aut altero caſu obſervabatur, ut conſtat ex *l. ſi non mortis* 25. *de inoffic. teſtam* junctis quæ tradunt Donellus & Oſſuald. *lib.* 19. *comment. cap.* 4. & Jacobus Gothofredus *in l. ult. C. Theodoſ. de teſtam.* & poſtea *in novella* 115 *cap. 3. & 4.* totam veteris juris diſpoſitionem abrogavit, ſtatuens ut ad excludendam inofficioſi querelam non ſufficiat legitimam quovis titulo relinqui, ſed neceſſe omnino ſit, ut liberi honorifico inſtitutionis titulo decernerentur. Eo itaque jure quod anterius fuit prædicta novella, ceſſabat inofficioſi querela, ſi vel ante Juſtinianum integra legitima quovis titulo relicta fuiſſet, vel poſt Juſtinianum aliquid quamvis minus legitima relictum eſſet, non tamen omnia in legitimam imputabantur, ſed legatum, fideicommiſſum, mortis cauſa donatio, dos aut ante nuptias donatio profectitia quæ licet aliquando in legitimam non fuerint imputatæ ut arguunt textus *in l. 1. & 2. C. Gregorian. de inoff. teſtam.* hodie ſine dubio imputatur *l. quoniam novella* 29. *C. Juſtin. eod. tit.* ex ratione quam aſſignat Oſſuald. *lib. 19. cap. 4. duplici littera V. V.* donationes autem inter vivos in legitimam non imputantur, Paulus *lib. 3. ſentent. tit. 8. §. ea quæ* 2. niſi ex lege factæ ſint ut imputentur *l. ſi quando* 35. *§. & generaliter 2. C. de inofficioſo.* textus ſic intelligendus *in §. ult. inſtit. eod. argumento textus in l. cum quo* 55. *§. ult. ad leg. falcid. l. 1. §. ſi parens* 3. *ſi quis à patrono manum. l. 3. §. ſed etſi non mortis* 18. *de bon. libert.* juncto Antonio Gomezio *in l. 29. Tauri n.* 28. ſumptus etiam ſtudiorum cauſa filio peregrè agenti ſubminiſtrari, non aliter imputantur, quam

ſi credendi animo miſſi probentur *l. quæ pater 50. famil. erciſc.* pro cujus illuſtratione videndi Oſſuald. *dict. cap. 4. duplici littera X. X.* noſter Pichardus *in ſpeciali commentario ad dict. l. 50.* & Vinnius *de collat. cap. 13. ex n. 2.* Denique lucrum quod filius ſentit ex militia ex pecunia parentis acquiſita jam defuncti in legitimam imputantur, excepta militia ſilentiatiorum *dict. l. 3. §. imputari 2. C. de inoffic. teſtam.*

2 Qua ſuppoſitione facta ſuperior Juſtiniani regula hæc eſt: omnia quæ facto teſtamento ad excludendum inofficioſi querelam in legitimam imputantur ab inteſtato conferuntur. Hujus autem regulæ ratio quam diu quæſitam apud interpretes non inveni, forſan ex eo pendet quod ea quæ facto teſtamento in legitimam imputantur propter voluntatem parentis legis poteſtate fulcitam à liberis quidem retinentur; ſed non tanquam præcipua cum eos excludant ab inofficioſi querela & ſic quodam modo conferri videntur ex eadem parentis voluntate ab inteſtato conferuntur, nec præcipua retinentur, idem ſuadet ratio æqualitatis, quæ collationes gubernat, ut quæ condito teſtamento legitimæ portioni computantur ab inteſtato partem efficiant ejus portionis quæ liberis competit, & ſic conferantur ab his, qui paternam ſucceſſionem ambiunt. Ex quibus manifeſtè colligitur hujusmodi collationem non ſolum inter emancipatos liberos cum ſuis hæredibus concurrentes, ſed & inter cujuſcumque conditionis liberos etiam ad invicem locum habere *dict. l. 20. §. 1. C. hoc tit.* verum illud ſtatim occurrit, quod legata & fideicommiſſa facto teſtamento in legitimam imputantur *dict. l. 35. §. 2. de inoff. teſtam* & tamen ab inteſtato fideicommiſſa non conferuntur; diſertus textus *in l. filiam 16. C. eod.* qui intelligendus eſt juxta interpretationem traditam præcedenti *cap. n. 21.* ergo non omnia quæ facto teſtamento in legitimam imputantur ab inteſtato conferuntur. Cui dubio communiter reſpondent plures quos ſequuntur Anton. Gomez. in dict. l. 29. Taur. n. 39. & Vinnius de collat. cap. 14. n. 5. & 6. prædictam regulam ſolum procedere in his quæ parente adhuc ſuperſtite quæruntur, non in illis, quæ poſt ejus mortem acquiruntur, qualia ſunt fideicommiſſa cum expeditum ſit, acquiſita poſt mortem ejus, de cujus agitur ſucceſſione in collatione non venire *l. nec emancipati 15. C. hoc tit.* ſed quamvis hæc communis ſolutio vera ſit quæri adhuc poteſt cur quod fideicommiſſa poſt mortem parentis acquirantur efficiat ut ab inteſtato non conferantur, cum tamen non impediat ut facto teſtamento in legitimam imputentur? & quidem hujus differentiæ ratio ex parentis voluntate deſumenda videtur, parens enim dum legatum aut fideicommiſſum relinquit filio exhæredato aut præterito (de ea præteritione loquor quæ vicem gerit exhæredationis juxta terminos textus *in dict. §. ult. inſtit. de exhered. liber.*) id agere & curare dignoſcitur, ne filius ſuprema ejus judicia per inofficioſi querelam impugnet, quod naturaliter aſſequi poteſt, quamvis ea quæ legati aut fideicommiſſi titulo reliquit in legitimam imputentur, ubi autem ab inteſtato decedens filio fideicommiſſum relinquit, non ignorat filium ſimul cum fratribus ad hæreditatem vocandum imo tanto judicio ei partem hæreditatis relinquere creditur dum non adimit l. conficiuntur 8. §. 1. de jur. codicill. l. 1. §. ſciendum 6. de legat 3. §. præterea 10. inſtit de fideic. hæred. & fideicommiſſum quod filius quaſi extraneus capit *dict. l. 10. C. hoc tit.* ab eo præcipuum retineri velle intelligitur.

Regula ergo noſtra in his duntaxat procedit, 3
quæ vivo parente acquiſita in legitimam imputantur, de quibus ſingulis breviter videamus: dos & ante nuptias donatio profectitia hodiè quidem in legitimam imputantur *dict. l. 29. C. de inoffic. dict. l. un. §. quo à nobis 12. de rei uxor. act.* dici tamen non poteſt quod ea ratione ab inteſtato conferuntur, quia dotis quidem collatio originem ducit ex edicto Prætoria & extenſionem illam ut ſcilicet inter cujuslibet conditionis liberos conferatur, accepit ex Leonis conſtitutione *in dict. l. 17. C. hoc tit.* ex qua initium ſimul & progreſſum ſumpſit collatio donationis ante nuptias ut latè *ſuperiori cap.* dixi, cum tamen adhuc temporibus leonis dos ut ante nuptias donatio non imputarentur in legitimam ut conſtat *ex dict. l. 29.* undè facile detegitur imaginis error ſubtilis alioquin Goffredi qui *in l. 1. §. ſi ex dodrante de collat. bonor. ex n. 5.* paſſim affirmat originem collationis dotis & ante nuptias donationis inde provenire, quod facto teſtamento dos & ante nuptias donatio in legitimam imputentur, donatio autem ea lege facta ut in legitimam imputetur, quia facto teſtamento legitimæ portionis computatur *dict. l. 35. §. 2. de inoff. teſtam.* etiam ab inteſtato confertur ut probat difficilis textus *in l. ſi non mortis 25. Dig. eodem* ubi docet Ulpianus quod ſi donatio inter vivos ea lege facta ſit, ut in quartam habeatur, ſi quidem quarta ſit in donatione, ceſſat inofficioſi querela, ſi verò minus ſit aut boni viri arbitratu repleatur, quia quoties pater minus legitima relinquebat filio, ſed expreſſo animo, ut imputarentur in legitimam, etiam olim ceſſabat querela prout cum pluribus explicat D. Retes *in adverſar. de inoffic. cap. 16. n. 11.* quidquid cum Accurſio dicat Anton. Faber *de error. dec. 40. error. 7. ex n. 16.* aut omnimodo conferatur id quod donatum eſt, quod ita non eſt intelligendum ſi filius donatarius teſtamentum evetterit per inofficioſi querelam prout falſo exiſtimat Anton. Faber *de error. 5.* qui eo errore deceptus in plures ſe ſe anguſtias conjecit, cum eſſet eo caſu inofficioſi querela ut jam diximus, ſod potius ita accipiendum ſi alio modo parens inteſtatus deceſſerit, & conſenſus ſit, hæc donatio quæ facto teſtamento in legitimam imputatur, & impedit querelam, ſi pater inteſtatus deceſſerit omnino confertur inter cujuscumque conditionis liberos ex parentis voluntate, qui hoc ipſo quod voluit facto teſtamento non præcipuam donationem retineri ſed in legitimam imputari etiam voluiſſe cenſetur, ut ab inteſtato non præcipua retineatur, ſed conferatur, quamvis contrarium ſine ratione Faber *de error 5. n. 3. & 4.* unde obſervandum obiter eſt regulam noſtram non à Juſtiniano primum introductam, ſed etiam ab Ulpiano & aliis conſultis prout veriſimile eſt acceptam fuiſſe, quamvis à quibusdam fuerit ſine tatione in dubietatem deducta quam ideo plana ſanctione revelavit Juſtinianus ut ipſe loquitur in ipſo textus limine *in dict. l. 20. tit. 1.*

Sumptus etiam quos Pater credendi animo 4

filio emancipato ſtudiorum cauſa miniſtravit, quia in legitimam imputantur ex ſententia Ulpiani *in dict. l. 50. famil. erciſcund.* ab inteſtato conferuntur ex regula ejuſdem Ulpiani *in dict. l. 25.* & tandem militia ex pecunia parentis acquiſita, quia in legitimam imputatur dict. l. 30. §. 2. *C. de inoff.* ab inteſtato confertur *l. 10. C. commun. utriuſque jud. dict. l. 2. C. hoc tit.* ſed duplex ſe offert difficultas: prima ex eo quod militia perſonæ cohæret, & ad hæredes *l. 3. §. ſi quid minori 7. de minor.* quæ autem perſonæ cohærent, & ad hæredes tranſmitti non poſſunt, onus collationis effugiunt, ut conſtat ex his quæ late ſecundo capite diſputavi. Secunda *ex l. 1. §. ſed an id 16. de collat. bonor.* ubi id quod dignitatis nomine filio à patre datum eſt non confertur. Quibus difficultatibus ut reſpondeam ſcire oportet militiæ appellatione, cujus mentio ſæpe in pandectis occurrit, quamdam functionem ſignificari certos reditus è publico habentem, ex qua lucrum quæſitum nec caſtrenſe, nec quaſi caſtrenſe eſt, veluti officialium, ſacrorum ſcriniorum, agentium, in rebus, & ſimilium, qui ſalaria annonas & commoda à Principe conſequuntur, hujuſmodi militias anxiè parentes liberis emebant, ut poſt eorum mortem non egerent, qua forſan ratione placuit ex præſumpta parentum voluntate, eas in legitimam imputari ut eum judicio conſiderat Goffredus *in dict. §. ex dodrante n. 30.* ita ut inſpecto eo militis gradu, quæ paternæ mortis tempore militans obtinet tanta pecunia ei in legitimam imputetur, quantam vel conſequi poſſet ſi militiam venderet prout poteſt *l. creditori 52. §. inter venditorem 1. de act. empt. l. ult. C. de pignorib.* vel ad hæredes tranſmitteret, ſi eo tempore decederet, quamvis enim militia ad hæredes tranſmitti non poſſit, tamen ex Principis conſtitutione vel ex communi ſcholæ placito ab eo qui in mortui militis locum ſubrogatur, hæredibus liberis vel oxori certa pecuniæ quantitas præſtatur, & in hoc ſenſu militia tranſmitti dicitur *in dict. l. ult. C. de pignoribus l. unicuique 2. l. ſi quis 11. C. de promiſ. ſacr. ſcrin. lib. 42.* ſimile igitur lucrum quod in legitimam imputatur ab inteſtato confert ex *dict. l. 20.* Excipitur tamen ſilentiariorum militia, id eſt eorum qui in ſacro palatio ſtantes fere ad limina operam dant ne ſilentium Principis interpelletur: *ſacro quem adhibent ſilentia ſomno* ut cecinit Claudianus da quibus *in l. 1. & per tot. C. de ſilentiar. lib. 12.* hi ergo inter plura quibus gaudebant privilegia qui eruditè congeſſit noſter D. Joannes de arrechaga *in extemporanea commentatione ad text. in dict. l. 1.* Lucrum ex militia acquiſitum jure caſtrenſis patrimonii aut peculii acquirunt l. ult. C. de ſilentiar. & ſic nec illud in legitimam imputarė, ac per conſequens nec ab inteſtato conferre tenentur *dict. l. 30. §. 2. de inofficioſo dict. l. ult. C. de ſilentiar lib. 12.*

5 His principiis præjactis primæ difficultatis reſpondeo primum quod licet militia ut pote perſonalis ad hæredem transmitti non poſſit, lucrum tamen ejus occaſione obveniens tranſmittitur, quod ſolum condito teſtamento in legitimam imputatur, & ab inteſtato confertur non militia ipſa, quæ nec per beneficium collationis ad alium poteſt transferri *ex dict. l. 20.* ubi Juſtinianus non militiam, ſed lucrum ejus occaſione acquiſitum aſſerit in collationem venire, quamobrem exiſtimo quod jure Digeſtorum filius emancipatus tenetur conferre lucrum jam quæſitum paternæ mortis tempore occaſione militiæ ſivè ex pecunia patris, ſivè aliundè acquiſitæ fratribus in familia retentis, quia quamvis exiſteret in poteſtate militiam non patri ſed ſibi quæſiiſſet *dict. l. 3. §. 7. de minor.* ubi Cujacius & Antonius Faber, Goffred. *in l. ſi habitatio 9. C. quando dies leg. dec. n. 2.* lucrum tamen ejus occaſione proveniens, quod nec caſtrenſe nec quaſi caſtrenſe peculium eſt ſuperſtiti parenti acquiſiiſſet ut per argumentum ab ſpeciali probat textus *in dict. l. ult. C. de ſilentiar.* ſecundo reſponderi poteſt quod quamvis militia ita perſonalis eſſet, ut nec ipſa nec ejus occaſione lucrum aliquod ad hæredes tranſmitti poſſet, non eo minus ejus collationi locus eſſet, regula enim quæ habet intranſmiſſibilia non conferri, locum habet in his quæ emancipatus ſuis hæredibus ex edicto Prætoris confert ex rationibus *dict. cap. 2.* allatis non in his quæ ideo conferuntur quia in legitimam imputantur, ſicuti enim intranſmiſſibilia in legitimam poſſunt imputari ut mihi probat textus *in l. ſcimus 36. in prin. verſ. repletionem de inoff. teſtam.* ſic in eo caſu debent ab inteſtato conferri, ita tamen ut non jus perſonale ſed reale media collatione cum fratribus communicetur ut rectè prævidit Goffredus *in dict. §. ſi ex dodrante n. 24.* ſecundæ difficultatis ſolutio facile deſumitur ex notiſſima differentia dignitatis & militiæ; dignitas ſecum plura affert onera, propter quæ filius non confert, ſed præcipuum retinet quod ejus adipiſcendæ gratia à patre accepit ut dixi dict. cap. 2. n. 22. militia vero ex contrario non levia emolumenta affert militanti, quæ ideo facto teſtamento in legitimam imputantur, & ab inteſtato conferuntur ut docet Vinnius *de collat. cap. 13. ex n. 14.* Qui *n. 9. & 10.* ejuſdem capitis rectè defendit id quod pro redimendo ab hoſtibus filio pater ſolvit tanquam pietatis & miſerationis ratione præſtitum, nec in legitimam imputari, nec ab inteſtato conferri, & ex contrario imputari & collationi ſubjacere quæ pro filii delicto pater exſolverit, quia non tam pietatis quam neceſſitatis ratione in qua nemo liberalis exiſtit *l. rem legatam 18. de adim. leg.* ſolutum de quibus longius examen non inſtituo, ſicuti nec de aliis, quæ eum nec à Conſultis nec imperatoribus ventilentur ab interpretibus abſque magno fructu exagitantur.

Hæc autem regula ſic illuſtrata quæ habet 6
omnia, quæ facto teſtamento in legitimam imputantur ab inteſtato conferri, ex contrario non procedit ita ut omnia quæ ab inteſtato conferuntur facto teſtamento in legitimam imputentur, ex his enim quæ conferuntur, ea duntaxat in legitimam imputantur de quibus lex aliqua depoſuit, ut imputentur ut definit Juſtin. *in dict. l. 20. C. hoc tit.* itaque quamvis ex eo quod aliquid in legitimam imputetur rectè deducatur quod collationi ſubjicitur, tamen ex eo quod aliquid conferatur, non recte infertur quod in legitimam imputatur, facilius enim admittitur collatio, quæ contendit ut æqualitas inter liberos ſervetur, quam imputatio in legitimam, quæ in id fit ut liberi

ab

ab inofficioſi querela removeantur ut doctè diſſerit Cujacius *conſult.* 24. Quam doctrinam ut exemplis clariorem oſtendam, nullus ignorat plura ex his quæ emancipatus ſuis hæredibus ex edicto Prætoris ab inteſtato confert facto teſtamento in legitimam non imputari ſive antiquum ſive novum jus expectemus olim non ſolum profectitia ſed & adventitia bona conferebat, hodie profectitia duntaxat confert *l. ult. C. hoc tit.* ac proinde utroque jure donationis acceptam à patre ut fundavi *cap.* 2. *n.* 18. & tamen conſtat adventitia bona aut donationem inter vivos neutro jure in legitimam imputari. Rurſus dotis collatio, quæ cœpit ex edicto Prætoris, aucta fuit Leonis conſtitutione *in dict. l.* 17. *C. hoc tit.* ex qua cœpit collatio donationis ante nuptias, & tamen non dos & antè nuptias donatio in legitimam imputabantur uſque ad tempora Zenonis qui id nominatim conſtituit *in dict. l.* 29. *C. de inoffic.* qui textus mirificè confirmant ſententiam Juſtiniani in dict. l. 20. nam alioquin ſi quidquid ab inteſtato confertur, in legitimam imputaretur, cum multo ante Zenonem dos & antè nuptias donatio conferrentur, fruſtranea fuiſſet conſtitutio *dict. l.* 29. Nec obſtat quod ibi Zeno dicat ſe ideo ſtatuere, ut ante nuptias donatio in legitimam imputetur, quoniam ex novella Leonis conſtitutione ab inteſtato confertur; nam reſpondeo Zenonem non quidem deſumere ſuæ coſtitutionis rationem ex ſanctione Leonis, ſed ſolum aſſerere Leonis ſanctionem occaſionem ſuæ conſtitutioni præbuiſſe, cum enim Leo auxiſſet dotis collationem & ante nuptias donationis collationem primum introduxiſſet ex ratione, quam adduxi *precedenti cap. n.* 6. & perſpicere videtur Zeno eandem rationem dotis & nuptias donationis imputationem in legitimam ſuadere, & tamen adhuc dotem & ante nuptias donationem in legitimam non imputari & ex paritate rationis noviter decrevit, & ante nuptias donationem facto teſtamento in legitimam imputari nec eadem adſtante ratione contrarium jus in collatione & imputatione in legitimam ex defectu conſtitutionis ſervaretur.

7 Duo alia exempla deduci poſſunt *ex dict. l.* 20. §. 1. *C. hoc tit.* ſi prius animadvertas quod ibi pro regula tradit Juſtinianus ad differentiam dotis, & ante nuptias donationis ſimplicem inter vivos donationem non conferri, intelligi non poſſe de donatione collata in filium emancipatum ſimul cum ſuis hæredibus patri ſuccedentem, ſed de donatione facta, à matre vel avo materno, aut collata à patre in filium emancipatum cum ejuſdem conditionis fratribus concurrentem, ut probavi *cap.* 2. *n.* 21. Hujus regulæ ſcilicet quod inter præfatas perſonas ſimplex donatio non confertur, duplicem exceptionem adhibet Juſtinianus. Prima eſt ſi unus, aut una ex liberis dotem ſolum aut ante nuptias donationem à parente acceperit, alter vero vel altera ſimplicem duntaxat donationem, tunc ex nova Juſtiniani ſanctione ſimplex donatio, quæ ad exequendam inter ſe conditionem fratrum facta præſumitur ad ſimilitudinem dotis aut ante nuptias donationis confertur, ne aliter poſito jure injuſta inæqualitas emergat, ſi ea perſona quæ ſentit emolumentum collationis dotis vel antè nuptias donationis, non teneatur ſimplicem donationem conferre. Secunda etiam ante Juſtinianum admiſſa illa eſt, ſi parens quo tempore liberalitatem exercuit, eam legem donationi, impoſuerit ut conferatur, tunc enim propter voluntatem parentis, qui donationi quam voluit, legem dicere potuit ex vulgata regula textus in l. in traditionibus 48. de pactis, donatio confertur, dummodo ea lex impoſita fuerit tempore donationis, perfecta enim ſemel donatio ex poſt facto conditionem non capit l. perfecta 4. C. de donat. quæ ſub mod. unde rectè convincit Antonius Faber dict. decad. 40. error. 2. n. 7. ſententiam quorumdam exiſtimantium textum in dict. l. 20. §. 1. loqui de donatione in filiumfamilias collata, quippe quæ utpote ante mortem patris non perfecta non ſolum conditiones admittat, ſed & poſita contraria voluntate non confirmatur morta & inutilis remanet.

His ergo duobus caſibus ſimplex donatio, quæ ab inteſtato confertur facto teſtamento in legitimam non imputatur, & quidem in ſecundo præter defectum inſtitutionis ratio illa occurrit, quod quamvis donatio facta ex lege ut in quartam imputetur, hoc ipſo ab inteſtato conferatur ex dict. l. 2. de inoffic. teſtam. non tamen è contrario donatio ea lege facta ut conferatur eo ipſo in legitimam debet imputari ex his quæ dixi; in primo autem caſu quamvis æqualitatis ratio exigere videatur imputationem in legitimam non minus quam collationem, adhuc tamen certum eſt donationem non conferri, nec caviſſe in legitimam imputari ex defectu inſtitutionis, quæ ejus collationem inducat ex reg. textus in dict. l. 20. ne abſurdum omnino videatur Juſtinianum juſſiſſe eam donationem conferri, nec caviſſe in legitimam imputari; favit etenim longa magis collationi quam imputationi ex dictis n. 6. unde quamvis Cujacius in not. ad inſt. ad §. ult. de inoff. teſtam. exiſtimaret prædictis caſibus donationem in legitimam imputari, re tamen melius perpenſa in recitatione ad noſtrum tit. in dict. l. 20. contrarium defendit; nec tunc obſtat textus in dict. §. ult. inſtit. de inoff. teſtam. ubi Juſtin. ſcribit donationem inter vivos in legitimam imputari in his tantummodo caſibus, quorum mentionem facit noſtra conſtitutio. Hi etenim caſus non ſunt qui referuntur in dict. l. 20. §. 1. hoc tit. nec qui proponuntur *in l. ſi quidem* 35. *C. de inoff. teſtam.* prout falſo contendit Vinnius *in dict. §. ult n.* 3. cujus ſententia expreſsè convincitur *ex* §. 2. *dict. l.* 35. ſed potius qui extant *in dict. l.* 30. §. *imputari* 2. *& in dict. l.* 35. §. 2. *C. de inoff. teſtam.* ut melius cenſet Balduinus in dict. §. ult. ſcilicet ſi donatio ea lege facta ſit, ut in legitimam imputetur, vel ſi parens militiam filio donaverit, quibus caſibus donatio ut ſupra diximus; facto teſtamento in legitimam imputatur & ab inteſtato confertur. His jam peracta noſtra promiſſio eſt. Habetis eruditiſſimi. lectores integrum de collationibus tractatum, ſi non felici eventu, ſummis certe vigiliis elaboratum in quo ſi quæ diſcentibus grata nec obſervata vulgò, Docti cenſento.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XIV.

De uſucapionibus ſivè ad Titulos Pandectarnm & Codicis de uſucapionibus.

CAPUT I.

De origine & definitione uſucapionis.

1 INter plures modos acquirendi dominii jure eivili inductos, aut ejus auctoritate firmatos, præcipuus eſt uſucapio in id inventa ut qui bona fide & juſta non domino rem acceperit, dominium quod per traditionem aſſequi non potuit ex vulgari regula textus *in l. traditio* 20. *in prin. de acquir. rer. dom. l. nemo* 54. *de Reg. juris* per continuam ſtatuti temporis poſſeſſionem legis poteſtate fulcitam acquitat *l. clavibus* 74. *de contrah. emptione princip. inſtit. de uſucap.* & ſic dicta quod res per uſum id eſt poſſeſſionem capitur *l. denique* 19. *ex quib. cauſ. maj. l. quod non quocumque* 82. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 44. §. *filiusfamilias* 4. & §. *ult. de uſucap. cum ſimilib.* Rurſus etenim quamvis plurimum à poſſeſſione differat ut oſtendit ooſter Valentia lib. 1. illuſtr. tract. 21. *c.* 2. n. 4. oonnunquam poſſeſſionem ſignificat & verſa vice poſſeſſio rei uſum denotate conſuevit *lib* 115. *de verb. ſignif.* obſervant Valéntia *dict. cap.* 2. *n.* 1. *cum duob. ſeqq.* Galvanus *in diſſertationibus de uſufructu cap.* 33. *n.* 9. & plures referens Gonzales *in comment. ad text. in cap. illud* 8. *de præſcript. n.* 5. unde ſicuti ſumpta cauſa pro effectu poſſeſſionis àppellatione non ſemel uſucapio à noſtris Conſultis denotatur l. ait Prætor 23. §. 1. l. cum miles 30. ex quibus cauſ. maj. ut ſentiunt plures quos refert Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 11. ſic & uſus nomine uſucapionem intelligi video *in l. neque utilem* 20. *ibi: cum ſit iniquiſſimum auferre domino quod uſus non abſtulit ex quib. cau. maj.* & in parum cognito ad rem textu *in l. deducta* 58. §. *cum autem* 9. *ad Trebell.* juncto ibi Cujacio *lib.* 9. *reſponſ. Papin.* uſucapionis autem verbo perfectam & irrevocabilem Dominii acquiſitinnem ſignificari exiſtimat Retes *in manuſcript. de uſucap.* 1. *part. n.* 3. & antè eum tenuerunt Carol. Auguſtus Mella 1. *part. de uſucap. cap.* 1. *pro emptore n.* 2. & 3. Hyeronim. de Aſſim. *ad noſt. tit. Cod. de uſucap. pro emptor in rubrica n.* 3. ex eo quod capere is dicitur qui ita rem acquirit, ut ab eo non poſſit avocari *l. aliud* 71. *de verb. ſignif.* falſo tamen quia uſucapio dicit quidem acquiſitionem dominii, ſed non præciſè irrevocabilem, imo interdum reſolubile ſeu revocabile dumtaxat dominium affert uſucapienti ut ſuo loco demonſtrabimus, & interim probant diſerti textus *in l. indebiti* 15. §. 1. *de condict. indeb. l.* 2. §. 1. *de in diem addict. dict. l.* 82. §. 1. *de legat.* 1. *l. Ariſto* 18. §. 1. & §. *idem Ariſto* 4. *de donationib. l. ſi alienam* 13. *l. qui alienam* 33. *de mort. cauſ. donat. l.* 2. §. *Sabinus* 3. *cum* §. *ſeq. pro emptore*; nec aliud probat textus *in dict. l.* 71. *de verb. ſignif.* verbum enim capere juxta ſubjectam materiam accipiendom eſt, & quamvis regulariter importet acquiſiuonem dominii irrevocabilis ex dict. l. 71. aliquando etiam revocabilem & oneri reſtitutionis obnoxiam acquiſitionem impedit *l. cum is* 42. *de legat.* 2. *l. ſidei meæ* 28. *de legat.* 3. *l. cœpiſſe* 140. *de verb. ſign.* ut tradit Petrus Faber *in l. non videtur* 51. *de Reg. jur.*

2 Expoſito jam uſucapionis nomine, occurrit ſtatim de ejus origine inveſtigatio quam ut breviter de more comprehendam, uſucapionis originem juri civili tribuendam exiſtimo cum plubus quos referunt & ſequuntur Mella *dict.* 1. *part. de uſucap. cap.* 1. *ex n.* 6. & Aſſim. *in dict. rubr. C. de uſucap. cap.* 1. *ex n.* 6. idem *in dict. rubr. C. de uſucap. pro empt. n.* 40. nec ex eo ſolum moveor quod Juſtinianus *in principio inſtit. de uſucap. juncto* §. *ult. inſtit. de uſu & habit.* jure civili inductam uſucapionem affirmat, id eſt lege decemvirali quæ tempus huic acquiſitioni præfixit ut vulgo probatur *ex Cicerone in Topicis & in oratione pro Cæcinna*, & quod

Ulpianus *in fragment. tit. 9. de dominiis §. uſucapione* 7. inter modos civilis acquiſitionis uſucapionem recenſet, ſed ex eo præcipuè quod tota ratio inductiva uſucapionis quæ dominiorum incertitudini occurrit, litium materiam diminuit & Dominiorum negligentiam coercet, etſi bonum publicum contincat *l. 1. de uſucap. l. ult. pro ſuo.* mere civilis & politica eſt, nec ad humanam ſocietatem neceſſaria, ſed utilis ad faciliorem civium quietem & tranquillitatem, quæ autem non naturali ſed civili ratione nituntur, civili juri neceſſario tribuenda ſunt ex his quæ diſputat Antonius Faber *in juriſprud. Papin. tit. 2. prin. 4. & 5.* nec tamen ideo ſentio uſucapionem eſſe omnimodo naturali rationi contrariam, prout falſò contendunt præter relatos ab Aſſim. *ubi ſup. n. 4.* Hunnius *ad Treutl. volum. 2. diſput. 22. Th. 7. quæſt.* 47. Bachov. *ad eundem 2. part. diſput. 22. Theſ. 7. litter. H.* nam quamvis non per omnia ſerviat juri naturali cum dominium invito domino auferat, & locupletiorem reddat uſucapientem cum veteris domini jactura contra vulgatia naturalis juris præcepta *l. nam ſi 14. de condict. indeb. l. id quod 14. l. jure 26. de Reg. jur.* tamen nec in totum à jure naturali recedit, cum publicam civium utilitatem contineat, quæ ſemper privatorum commodis antecellit, & jus ipſum civile eatenus conſtituitur, quatenus nec in totum à naturali vel gentium jure recedit, nec per omnia ei ſervit *l. 6. de Juſt. & jur.* Docent Covarr. *in reg. poſſeſſ. de Reg. jur. in 6. 1. part. §. un. n. ult.* & Barthol. Cheſ. *lib. 1. interpret. jur. cap. 27. per totum & præcipuè n. 7.*

3 Contrariam tamen ſententiam adſtruere conantur Joannes Annibal *in rubr. digeſt. de uſucap. ex n. 19.* Petrus Auton. Petra *in tract. de poteſtate Principum cap. 25. n. 34.* & Retes *d. 1 part. de uſucap. ex n. 6.* aſſerentes uſucapionem à jure gentium dimanare, ejus autem formam & requiſita à jure civili deſcendere, Cujus opinionis fundamenta deſumunt ex *l. adeo 71. §. quod ſi jus 2. verſ. planè de acquir. rer. dom.* & ex eo quod occupatio rei habitæ pro derelicto eſt acquiſitio juris gentium *§. qua ratione 47. inſtit. de rer. divis.* longum autem ſilentium domini rem ſuam non vindicantis pro derelictione accipitur *l. ſi finita 15. §. nondum autem 21. de damno infecto.* ergo cum ex parte veteris domini detur derelictio, & ex parte novi poſſeſſoris inveniatur continua poſſeſſio, quæ hinc procedit, acquiſitio naturali ratione fundatur, & juri gentium debet attribui. Accedit quod uſucapionis jus aliquæ antè jus Romanum, & poſtea omnes penè nationes agnoverint, ut tenet cum pluribus Solorzano *tom. 1. de jure Indiar. lib. 3. cap. 3. n. 14. & 15.* validiora tamen fulcra ex eo deducere poſſent, quia traditio rei facta ex juſta cauſa & domini voluntate ex jure gentium dominium transfert *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res 3. de acquir. rer. dom. §. per traditionem 40. inſtit. de rer. divis.* & in uſucapione tacita voluntas transferendi dominii ex parte veteris domini intercedit, qui vix eſt ut non videatur rem ſuam alienare, quam patitur uſucapi ut aiebat Paulus *in l. alienationis 28. de verb. ſign.* & ex eo non ineleganter oſtenditur quod legatum quod per voluntariam rei legatæ alienationem à teſtatute factam ademptum cenſetur, niſi aliam ejus voluntatem fuiſſe conſtiterit *l. rem legatam 18. de adim. legat.* cum ſimilib. utique extingui intelligitur per ſupervenientem uſucapionem rei legatæ, ut probat eleganter textus *in l. 44. §. ſi pars. 9. de condict. & demonſ.* ergo uſucapio quæ juſtam cauſam, & tacitam ſaltem domini voluntatem præ ſe fert ex jure gentium originem ducit. Rurſus per uſucapionem non modo quiritarium id eſt civile ſed & bonitarium id eſt naturale dominium veteri domino abſcedit & acquiritur uſucapienti, ut vel ex eo conſtat quod ſervum quem quis uſucepit, jure manumittit ut ſatis indicat Scævola *in l. 5. pro donato*, cum tamen certum ſit eum qui quiritarium ſolom dominium habet in fraudem domini bonitarii non poſſe ſervo libertatem imponere ut colligitur ex Ulpiano *in fragm. 19. de domin. §. ſi ſervus penult.* ergo uſucapio partim ex gentium, partim ex civili jure conflatur ita ut ejus origo à jure gentium dimanet, forma autem & ſine quibus non procedit requiſita à jure civili decedant.

Sed tanti hæc non ſunt ut à communi quam amplexi ſumus ſententia recedamus; & *ex dict. l. 7. §. 2. de acquir. rer. domin.* ſanè non video quomodo uſucapionis originem juri gentium tribuendam evincatur; ibi enim ad hoc ut pars vi fluminis de prædio detracta domino vicini prædii cui adjecta fuit jure gentium acquiratur, exigitur quod per longum tempus prædio adhæſerit, non quia temporis beneficium immediatè acquiſitionem inducat, ſed quia non aliter acquiritur Vicino, quam ſi cum prædio coaluerit, quod poſt longum tempus quo prædio adhæſerit, demum contingit, ut explicant inſtitutionum interpretes *in §. quod ſi vi fluminis 21. de rer. divis.* Nec etiam urget ſecundum fundamentum, tum quia uſucapio priſco jure nunquam longum tempus exigebat, & hodierno jure aliquando brevi tempore terminatur ut conſtat *ex l. un. C. de uſucap. transform.* tum etiam quia etſi omni jure temporis longi lapſum requireret, non ideo eſſet ſpecies derelictionis, cum id derelictum dicatur, quod Dominus ea mente abjecerit ut id in numero rerum ſuarum eſſe noluerit *dict. §. 47. de rer. divis.* & dominus qui per longum ſpatium rem ſuam penitus neglexit, quamvis hoc ipſo poſſeſſionem amiſerit, dominium quod a ſe non abjecit, retinet; expreſſus textus *in l. 37. §. 1. cum l. ſeq. de uſucap. §. quod autem ad eas res 7. inſtit. eod tit.* Nec hanc doctrinam offendit textus *in dict. l. 16. §. 21. de damno infecto.* ubi ſolum aſſerit Ulpianus quod poſt interpoſitum primum decretum Prætoris ex cauſa damni infecti, quod vicinus mittitur in poſſeſſionem cuſtodiæ cauſa *l. 3. §. ult. de acquir. poſſeſ.* non ſtatim ſecundum decretum interponitur per quod vicinus poſſidere jubeatur, ſed tunc demum cum cauſa juſta videbitur quippè cum ex ſecundo decreto poſſidere juſſus poſſit uſucapere *dict. l. 3. §. ult.* non antè ad illud remedium Prætor procedit, quam ſi titulus aliquis apparens ſivè ut melius dixerim, prætextus ad uſucapionem habilis emerſerit, qualis eſt titulus pro derelicto, qui tunc apparere dicitur ubi vicino per primum decretum Prætoris in poſſeſſionem miſſo dominus per longum tempus de damno infecto non cavit, ut eleganter explicat Galvanus *de uſufr. cap. 25. n. 10.* Ex quo ſatis dignoſcitur quam falſo *ex dict. §. 21.* deducatur dominum, qui per longum tempus rem ſuam negligit, eam 4

pro derelicto habere, nam ſi longum ſilentium eſſet ſpecies derelictionis, etiam ante ſecundum decretum miſſus in poſſeſſionem poſſit uſucapere quod negatur *in dict. l. 3. §. ult. de acquir. poſſeſ.* ſolum itaque aſſumitur prætextus derelictionis ad honeſtandum, ut ita loquar, ſecundum Prætoris decretum ex quo uſucapio contingit. Nec majorem difficultatem continet quod omnes pene gentes jus uſucapionis admiſerint, quippè cum uſucapio non naturali ſed civili ratione ſuadente fuerit iotroducta, etſi inter omnes gentes recepta adhuc ex jure civili deſcendit ex traditis ab Antonio Fabro *in Papinianea dict. tit. 2. prin. 4. illat.* 1. quamvis non inficiet uſucapionem, ex-quo apud omnes gentes fuit recepta, minus proprie dici poſſe juris geotium eſſe, prout tenent nonnulli, quos refert & ſequitur ſolorziano *dict. tom. 1. de jur. judiarum. lib. 3. cap. 3. n. 4. cum ſeq.* eo ſcilicet ſenſu quo in jure nos uti ut juri gentium ſit acceptilatio dixit Ulpianus *in l. an inutiles* 8. *§. ult. de acceptilationib.* junctis quæ tradunt Anton. Faber *ubi nuper dict. illat. 1. & prin. 5. illat.* 4. quidquid contra juris naturam diſputet Oroz. *lib. 2. de apicib. jur. civil. cap.* 2. *per tot.*

5 Difficiliores nexus habent poſteriora quæ adjecimus fundamenta quorum, primo reſpondendum eſt quod in uſucapione ex parte veteris Domini, nec expreſſa nec tacita amittendi dominii voluntas intercedit, alioquin & ſine uſucapione poſſeſſor qui erat in via uſucapiendi, dominium rei, quam penes ſe habebat jure gentium ſtatim acquiſiiſſet *ex regula textus in l. 9. §. interdum 5. de acquir. rer. dom. §. interdum.* 44. *de rer. divis.* ſed ſolum in caſu impletæ uſucapionis datur interpretativa voluntas quæ ſola juris cenſura contra domini conſenſum indùcitur juxta textum ſic intelligendum *in l. 1. §. 7. ſi quid in fraud. patroni l. 3. §. 1. quæ in fraud credit. & dict. l.* 28. *de verb. ſignif.* ut docet Petrus Barbos. *ad l. ſi quis* 8. *C. de preſcript.* 30. *vel* 40. *annor. num.* 15. *cum trib. ſeqq.* quod non ſolum in domino rem ſuam ab alio poſſideri ignorante procedit, ſed in ſciente & negligente, qui vere quidem non conſenſit in amitttendo dominio, ſed conſentire præſumitur textus ſic intelligendus *in l. 16. de fundo dotali*; conducunt ab argumento textus *in l. 34. de jur. fiſci l. ult. junctis l. ex maleficio 4. l. 52. §. 5. de oblig. & C. ad leg. jul. majeſt. act.* tradit alias Pinell. *in aut. niſi triennale C. de bon. matern. n.* 19. *cum trib. ſeqq.* quapropter uſucapio quamvis ſit alienationis ſpecies *dict. l. 28. de v. ſ.* nou ratione dominii ſed legis dominium transferentis ut explicat Oſſualdus *ad Donell. lib. 5. comment. cap. 4. litter. A.* non voluntaria ſed neceſſaria alienatio dicendum eſt ut tenent Arias Pinellus *ubi nuper n.* 25. Benedictus Pinell. *lib. 1. ſelect. cap.* 17. *n.* 13. & paſſim *dict. l. ult. C. hoc tit. de uſucap. pro empter. n.* 17. & mihi probant ignoti vulgo ad rem textus *in l. deperditum* 21. *cum §. ult. legis antecedentis de hered. petit.* etiam Anton. Faber. *in ejus rational. l. mulier* 22. *§. 3. in fine ad S. C. Trebellian.* ac proinde cum dominium à veteri Domino extorqueat non gentium ſed civili juri neceſſario tribuenda eſt.

6 Sed tune acriter opponitur textus *in dict. l. 14. §. 9. de Cond. & demonſt.* cui omiſſa ſententia Goffredi *in l. 43. eod tit. n.* 2. & Donelli *lib. 8. comment. cap.* 34. poſt varias contentas ſoluriones reſpondere tandem ſtatui extingui quidem legatum per ſupervenientem uſucapionem rei legatæ, ſed id non inde provenire quod uſucapio ſit alienatio voluntaria, ſed ex aliis quæ excogitavi principiis nut enim in ſerte textus *in dict.* §. 9. ponimus teſtatorem ignorare rem ſuam ab alio poſſideri, aut ſciviſſe utroque caſu per uſucapionem, quamvis ſit alienatio neceſſaria nullo ſcientiæ vel ignorantiæ diſcrimine habito legatum extingui neceſſe eſſe, & primo poſita ignorantia teſtatoris conſtat ex poſt facto rem alienam per uſucapionem effectam legatam inveniri, quam teſtator alienam effectam fuiſſe ignoravit, & ſic legatum ad eum pervenire caſum à quo nec incipere potuiſſet, cum legatum rei alienæ quam teſtator ut propriam & alienam rem eſſe ignorans legavit, ab initio inutile ſit legatum *l. 10. C. de legatis §. 4. inſtit. eodem titulo* Nec amplius poteſt continuari, cum eadem ratio quæ ab initio inutile reddit legatum rei alienæ quam propriam eſſe exiſtimans teſtator legavir quod ſcilicet non facilè creditur rei alienæ redemptione hæredem ſuum onerare voluiſſe *l. 67. §. 8. de leg.* 2. æquè militer ad hoc ut nec poſſit legati utilitas continuari, quoties res propria legata inſcio teſtatore fuerit uſucapta: ergo per ſupervenientem uſucapionem rei legatæ data ignorantia teſtatoris inutile redditur legatum, cum etiam ea quæ ab initio utiliter conſtiterunt, omnimodo extinguantur, ubi ad eum caſum pervenerint à quo incipere non poſſunt, & à quo implicat continuari *l. 3. §. ult. his quæ non ſcript. hab. l. 140. §. ult. de verb. oblig.* licet obtineat aliud ſi ſuperveniens caſus cæpti negotii continuationem non impediat juxta textum ſic accipiendum *in l. 85. §. 1. de Reg. jur.* juncta eleganti doctrina Donelli *in dict. l. 140. §. ult.* quem de more tranſcribit Arnold. Vinn. *in §. ex contrario 14. inſtit. de legat. n.* 3. ſi autem ponamus teſtatorem ſcientiam uſucapionis habuiſſe, non expedita res eſt, adhuc tamen per uſucapionem quæ neceſſariæ alienationis eſt ſpecies legatum extingui contendo, Regula enim quæ habet neceſſariam alienationem rei legatæ legatum non extingui *l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem 12. de legat. 3. l. 3. C. de legatis § ſi rem ſuam 12. inſtit. eod. tit.* Donellus *lib. 8. comment. cap.* 17. Petrus Faber *lib. 3. ſemeſt. cap.* 15. meo quidem judicio ſolum eſt intelligenda de alienatione neceſſaria facta ab ipſo teſtatore per quam ideo legatum non extinguitur, qui teſtator non legatum adimere ſed rei familiaris neceſſitati occurrere voluiſſe cenſetur, non autem de alienatione neceſſaria, quæ ſine facto teſtatoris ſola poteſtate legis contingit qualis eſt uſucapio *l. ſed 14. junct. l. preced. famil. erciſcund. dict. l. 22. §. 3. ad Trebel.* per quam ex contrario legatum extinguitur *dict. l. 44.* §. 9. quia teſtator nec dum legavit, animum habuit aut habere potuit hæredem ſuum onerandi redemptione rei legatæ, utpote quæ propria tempore teſtamenti, nec ubi ſine facto ſuo invitus dominium amiſit per uſucapionem hæredem ſuum onerare credendus eſt redemptione rei uſucaptæ, in cujus amittendo dominio non conſenſit, idemque dicerem ex paritate rationis, ſi res legata propter debitum teſtatoris fuerit publicata, etenim per publicationem quamvis ſit alienatio neceſſaria ut docent Valent. *lib. 3. illuſt. tract. 6. cap. ult. n.* 7. quia

tamen ſine facto teſtatoris procedit, legatum extinguitur ut probare viderur teatus *in l. 114. §. 14. verſ. ſed hac de legat. 1.* quæ differentia inter alienationem cujus neceſſitas pendet ea facto alienantis, & eam quæ ex legis diſpoſitione reſultat commodè poteſt illuſtrari ex his quæ tradit Arias de Meza *lib. 3. var. reſolut. cap. 26. n. 4. cum ſeq. & n.* 17. maneat ergo ex *dict. §. 9.* non probari uſucapionem eſſe voluntariæ alienationis ſpeciem, ſed imò eſſe alienationem neceſſariam, quæ ſine facto veteris domini ex legis poteſtate dimanat.

7 Secundo denique fundamento reſpondeo quod licet per uſucapionem omne quidem dominium etiam bonitarium à veteri Domino aufertur legis authoritate, quod ex juſta cauſa dominium etiam jure gentium acquiſitum auferre poſſe ſolidè probat D. Covarruvias *in reg. poſſeſſ. 3. part. in prin.* ſed uſucapiendi quiritarium duntaaat dominium requiritur non bonitarium, quod ſolum per modos jure gentium inductos poteſt acquiri ut docet cum judicio Petrus Barboſa *in dict. l. 8. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. n. 6. cum ſeqq.* Quiritatium autem dominium quod per uſucapionem acquiritur non nudum eſt aut inane, imo omnes effectus veri dominii producit, veluti diſponendi aut vindicandi facultatem *l. 23. de rei vendict. l. 1. §. 1. de public. in rem act. §. namque 4. inſtit. de actionib.* & manumittendi ſervum uſucaptum poteſtatem dict. l. 5. pro donato. Nec obſtat quod vulgo jactatur eum qui ſolum quiritarium dominium obtinet manumittere non poſſe, tum quia hæc regula ſolum in fraudem bonitarii Domini impedit manumiſſionem, qui autem ſervum uſucaptum manumittit dici non poteſt in fraudem Domini bonitarii manumittere, cum vetus dominus nec bonitarium quidem dominium poſt uſucapionem retineat, quidquid dicat ſubtilis Barboſ. in dict. l. 8. n. 15. & 19. cum ſeqq. tum etiam quia etſi vetus dominus poſt, uſucapionem bonitarium dominium retineret, quod tamen omnino negandum eſt, non eo minus uſucaptum ſervum manumittendi facultas competeret uſucapienti cujus quiritarium dominium effectus veri dominii habere jam diximus exemplo mariti, qui contracto matrimonio per coemptionem quiritarium ſolum dominium rerum dotalium nanciſcitur, bonitario penes uxorem remanente ut pluribus oſtendit Mendoza *lib. 1. ad leg. aquil. cap. 5. ſect. 3. ex n.* 8. Et tamen quia quiritarium illud dominium cum effectu eſt *l. 52. §. ancillam 9. C. de rei vindicat.* ſervum dotalem poteſt manumittere *l. dotalem 61. cum 3. ſeqq. ſolut. matrim. l. 3. §. ſi dotalem 2. de ſuis & legitim. hared. l. ſervum 21. de manumiſ. l. 1. C. de ſervo pignori dat. manum.*

8 Uſucapionis origine diſcuſſa ſuccedit ejus definitio quam in verbis variantes ſed in ſubſtantia conſentientes tradunt Ulpianus *in fragmem. dict. tit. 19. §. uſucapione 7.* ibi: *uſucapio eſt dominii adeptio per continuationem poſſeſſionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, & immobilium biennii* Modeſtinus *in l. 3. de uſucap.* ibi: *uſucapio eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis à lege definiti.* Dicitur uſucapio dominii adeptio quia civilis & legitimus modus eſt acquirendi dominii, ſed dicitur elegantius adjectio, quia interdum adjicit dominium dominio, nempè quiritarium bonitario, ut late commodiori loco dicemus & ſæpe dominium adjicit juſtæ poſſeſſioni, vel quia ſola legis autoritate dominium transfert, & rejecta emendatione Cujacii *in dict. l. 3.* & Duareni *in paraphraſi ad tit. Dig. de uſucap. cap. 1.* explicat Oſſuald. *ad Donellum lib. 5. comment cap. 5. litt. C. & D.* ſequuntur in utraque definitione illa verba *per continuationem poſſeſſionis*, quæ non ſolum continuam ideſt non interruptam exigunt poſſeſſionem *l. 5. l. 25. de uſucap.* ſed & bonam fidem juſtumque titulum, ſine quibus uſucapio non procedit, in neceſſarium antecedens per ſuppoſitionem requirunt, poſſeſſio etenim juſta, qualis requiritur ad uſucapionem non aliter talis eſt, quam ſi bona fide & juſto titulo fuerit acquiſita *l. 2. & 4. C. de præſcript. longi temp. 10. vel 20. annor.* ut quorumdam erroribus explosis rectè ex aliis utramque definitionem à diminutionis vitio liberat D. Retes *dict. 1. part. de uſucap. n. 5.* Denique apud Ulpianum adjiciuntur verba anni vel biennii &c. quia eo jure quod viguit antè novàm Juſtiniani ſanctionem *in dict. l. un. C. de uſucap. transform.* res mobiles anni ſpatio & immobiles biennii uſucapiebantur, eorum autem loco apud Modeſtinum legitur temporia lege definiti. Quæ verba Triboniano ad præfatam Juſtiniani Conſtitutionem reſpicienti immerito tribuenda exiſtimaverunt Cujacius *ad Ulpian. dict. tit. 19. §. 7.* Mela *de uſucap. part. 1. cap. 2. n. 53.* & alii quos refert Oſſuald. *dict. lib. 5. cap. 5. litt. E.* melius Antonius Contius lib. 5. diſput. cap. 52. quamvis non neget forſan, Tribonianum definitionem immutaſſe aſſerit quod & potuit ſic ſcripſiſſe Modeſtinus ut & Caius in dict. l. 1. de uſucap. ſi quid autem mei judicii eſt etiam in hac re non inelegantior eſt Modeſtini quam Ulpiani definitio, nec ignoravit, nec ignorare potuit Modeſtinus ſuo ſæculo annum & biennium ad uſucapionem ſufficere, prævidens tamen hoc jus immutationi expoſitum eſſe, & tempus perficiendæ uſucapionis legibus vel conſtitutionibus extendi aut reſtringi poſſe ſic definitionem concepit, ut etiam in caſu extenſionis aut reſtrictionis uſucapionis eſſentiam penitus explicaret, minus provide Ulpianus tempus expreſſit quod hodie ea ejus definitione deleti neceſſe eſt, cum poſt Juſtinianum res mobiles triennio, immobiles vero decennio inter præſentes, inter abſentes vicennio uſucapiantur; ſic ergo expoſita definitio, & uſucapionis omnia requiſita complectitur ſcilicet bonam fidem, juſtum titulum, continuamque poſſeſſionem per ſtatuti temporis ſpatium, & ejus effectum nempe acquiſitionem dominii continet, de quibus ſingulis ſigillatim diſpiciamus.

CAPUT II.

De Bona ſide ad uſucapionem requiſita.

1 EXigit primum uſucapio bonam fidem *l. bona fidei* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom. l.* 10. *l.* 15. §. 2. *&* 3. *de uſucap. & prin. inſtit. eod tit. cum aliis pluribus* inferius explicandis. Bona fides autem conſiſtit in exiſtimatione, qua quis rem quam poſſidet, alienam eſſe ignorat l. 109. *de verb. ſign. &* §. *ſi quis* 35. *inſtit. de rerum divis.* Et ex contrario mala fides eſt judicium, quo quis rem quam poſſidet, alienam eſſe intelligit, diſerti textus *in l.* 19. *de donat. int. vir. & uxor. l. quam rem* 38. *de uſucap.* §. 4. *verſic. fructuarius inſtit. per quas perſon. nob. adq.* Schifordeger *cap.* 53. *quæſt.* 5. *ad Anton. Fab. lib.* 3. *tract.* 24. *quæſt.* 8. & quisquis reacceperit ab eo, qui ſcit dominum non eſſe, aut alienandi facultatem non habere, malæ fidei poſſeſſor eſt *l. quia* 27. *de contrah. empt. l.* 12. *de uſucap.* licèt titulum habeat; ſeparata eſt enim cauſa poſſeſſionis & uſucapionis, adeo ut qui ſciens alienam rem emerit, pro emptore poſſideat, nec tamen uſucapiat *l.* 2. §. 1. *pro emptore* Prædo tamen dici non poteſt, hoc ipſo quod titulum habeat, quamvis bona fide deſtitutus *l.* 13. §. 8. *de petit. hæred. l.* 126. *de reg. jur.* Oſſuald. *lib.* 4. *comment.* Donel. *cap.* 24. *lit. D. lib.* 5. *cap.* 18. *litt. A* ſed hæc doctrina ex eo videtur everti quod qui ſolum pro poſſeſſore rem tenet, id eſt qui interrogatus, cur poſſideat, nullam cauſam poſſeſſionis diceret, ſed hoc ſolum reſpondere, quia poſſideo, prædo eſt *l.* 11. *cum duabus ſeqq. l.* 25. §. *quod autem de hæred. petit.* ſed qui alienam rem ſciens emit non pro emptore ſed pro poſſeſſore poſſidet; expreſſus textus *in l. non ſolum* 23. §. *quod vulgo* 1. *de uſucap.* ibi *ſi quis emerit fundum ab eo cujus non erat, poſſidebit pro poſſeſſore, ſed ſi eundem fundum à domino emerat, incipiet pro emptore poſſidere*, ergo non modo malæ fidei poſſeſſor, ſed prædo dicendus eſt. Cui difficultati reſpondeo quod omnibus injuſtis titulis inhæret, & quamvis injuſtus eſt titulos pro poſſeſſore dict. l. 13. §. 1. de hæred. petit. ad inſtar tituli pro ſuo qui omnibus juſtis titulis adhæret *l.* 1. *pro ſuo.* & ſicuti titulus pro ſuo duplex eſt, ſpecialis unus & generalis alter *dict. l.* 1. *&* 2. *pro ſuo*, ſic & titulus pro poſſeſſore eſt in duplici differentia, alter ſpecialis omni alio titulo deſtitutus, & qui propriè prædonem conſtituit dict. l. 12. de hæred petit. alius generalis cæteris injuſtis titulis inhærens, qui non prædonem ſed ſolum malæ fidei poſſeſſorem conſtituit *dict. l.* 13. §. 8. *eod. tit.* quod ergo dicitur *in dict. l.* 33. §. 1. *de uſucap.* eum qui ſciens rem alienam emit pro poſſeſſore poſſidere, ita accipiendum eſt, quaſi ſcriprum fuiſſet, poſſidere titulo pro poſſeſſore non ſpeciali ſed generali, & ſic non prædonem, ſed malæ fidei poſſeſſorem eſſe docent Schifordegerus *ad Anton. Fabr. lib.* 2. *tract.* 28. *quæſt.* 7. *& Oroz. lib.* 4. *de apicib. jur. cap.* 6. *n.* 12.

Quod diximus, eum qui ſcit rem, quam poſſidet, alienam eſſe, malæ fidei poſſeſſorem eſſe & ob id uſucapere non poſſe, ſecurè quidem procedit, ubi abſque ignorantia rei alienæ juſta poſſidendi cauſa non datur ſi vero adhuc poſita ſcientia rei alienæ juſta poſſeſſionis cauſa intercedat prout nonnullis caſibus ſtatim exponendis contingit anxiè inter interpretes controvertitur utrum qui ſic poſſidet pro bonæ vel malæ fidei poſſeſſore habendus ſit quoad cauſam uſucapionis; Cujac. *lib.* 8. *obſerv. cap.* 15. *& lib.* 9. *reſponſ. Papin. in l. qui ſolidum* 78. §. *ult. de legat.* 2. *& tract.* 6. *ad African. in l.* 28. *de noxalib actionib.* Oſſuald. *dict. lib.* 4. *cap.* 24. *litt. D.* Aſſim *in rubr. noſtri tituli de uſucap. pro emptore ex n.* 224. Oroz *dict. lib.* 4. *cap.* 6. *ex n.* 8. D. Gonzales *in comment. ad text. in cap.* 1. *de præſcrip. n.* 31. quibus ſponte ſubſcribo, docent eum, qui ſcientiam habet juſtæ poſſeſſionis, quamvis rem alienam eſſe, ſciat bonæ fidei poſſeſſorem eſſe, & uſucapere poſſe, ratio ex eo provenit, quod bona fides quam uſucapio requirit, eo tendit ut juſtam reddat poſſeſſionem: ergo tota conſiſtit in ſcientia juſtæ poſſeſſionis ac proinde quisquis ſcientiam juſtæ poſſeſſionis habuerit, licet ſciat rem alienam eſse, bonæ fidei poſseſsor cenſendus eſt, quoad cauſam uſucapionis. Antecedens manifeſtè conſtat *ex dict. l.* 19. *de donat. inter. dict. l.* 38. *de uſucap. dict. l.* 109. *de verb. ſignif.* in quibus ideo aſseritur bonam fidem eſse ignorantiam rei alienæ, quia agitur de titulis poſſidentis à privatis provenientibus, qui non aliter juſti eſſe poſſunt quam ſi rei alienæ ignorantia intervenerit *dict. l.* 2. §. 1. *pro emptore*, ergo ſatis innuitur quod ſi titulus poſſeſſionis juſtus eſſe poſſit, adhuc poſita ſcientia rei alienæ veluti ſi non à privatis, ſed à judice vel Prætore proficiſcatur, tota ſubſtantia bonæ fidei ad uſucapionem requiſitæ in ſcientia juſtæ poſſeſſionis equidem conſiſtit, ex quibus latenter ſatisfecimus his quæ multo de more verborum apparatu contra ſuperiorem quam tutamor ſententiam diſputat Schifordegerus *dict. lib.* 3. *ad Anton. Fab. tract.* 22. *quæſt.* 8. *&* 9. & quibus eo non telato in contrarium etiam movetur *Retes de uſucap.* 2. *part. ſect.* 1. *n.* 3. *& lib.* 8. *opuſc. cap.* 10.

Nec ſi fulcita ſententia juris auctoritate deſtituitur, non tamen utar pleriſque autoritatibus quas Cujacius & ejus ſectatores afferont, ex quibus facile illudunt adverſatii & primum non expendam textum *in dict. l.* 126. *de Reg. jur.* ex quo non rectè aſſumptum probari a Cujacio eum judicio prævidit Oſſuald. *dict. lib.* 4. *cap.* 24. *litt. D.* Rurſus nec indicam textus in l. improba 4. C. de acquir. poſſeſs. qui enim à procuratore, vel ab alio quem alienandi facultatem habere credit, rem emit ignorans ſane rem alienam eſſe, & vero ſi rei alienæ ignorantiam non haberet, bonæ fidei poſſeſſor non eſſet adhuc in noſtra ſententia, quippe cum emptionis cauſa à privatis proveniat, non alias juſta effici poteſt quam ſi rei alienæ ignorantia fuerit roborata; denique nec afferam 3

textum *in l. 8. C. de omn. agro deſert. lib. 11.* ubi ſi vacanti ac deſtituto ſolo novus cultor inſederit, & veris dominus intra biennium deſertum agrum vindicare neglexerit, ſoli dominium à vero domino aufertur, & in novum cultorem transfertur, hæc etenim acquiſitio, utpote titulo deſtituta, uſucapio dici non poteſt, ut optimè reſpondet Schifordeger *dict. lib. 3. tract. 20. quæſt. 11.* & ſolum ex principali conſtitutione defenditur, quæ ut tributarios agros deſerentium negligentiam compeſceret; novo cultori, qui ad privatum pariter publicumque compendium eos excolere feſtinavit ſine titulo & bona fide poſt biennii ſpatium dominium adjecit. Expendam ergo noviter vulgares alios textus quos eludere non poterunt adverſarii *in l. Prætoris 5. l. ſi finita 15. §. Julianus 16. & §. ſed in vectigali 27. de damno infect. dict. l. 3. §. ult. de acquir. poſſeſſ.* in quibus ædes quæ ruinam minantur, poſſidere juſſus ex ſecundo decreto Prætoris poteſt uſucapere ex eo ſolum quod ſcientiam haber juſtæ poſſeſſionis ex regula textus in l. 11. de acquir. poſſeſ. Nec obſtat quod reſpondet Schifordegerus dict. quæſt. 11. eum qui ex ſecundo decreto ædes poſſidere jubetur, dominium bonitarium à Prætore conſequi *l. 7. §. plane 9. commun. divid. l. 1. in prin. de fundo dot. dict. l. 15. §. 16. cum ſeq. & §. poſteaquam 33. de damno infect.* & ſic non modo juſtæ poſſeſſionis ſcientiam, ſed & omnimodam rei alienæ ignorantiam habere, & eadem ratione poſſe quiritarium dominium per uſucapionem acquirere, nam & ſi poſſidere jus ex ſecundo decretum bonitarium dominium nanciſcatur, non utile, ut falſo contendit Galvanus de uſufruct. cap. 25. n. 10. quem oportuniori loco forſan impugnabimus, & ſciat ædes proprias eſſe, quoad dominium bonitarium, ſcientiam tamen habet rei alienæ quoad dominium quiritarium, ſcit enim ædes adhuc eſſe in quiritario vicini dominio, quas ea ratione poteſt uſucapere, quia cum Prætore autore poſſideat, ſcientiam habet juſtæ poſſeſſionis *ex regula text. in l. juſtè 11. de acquir. poſſeſſ.* quamvis quiritarium dominium quod per uſucapionem acquirere intendit, alienum eſſe non ignoret, & generaliter quilibet dominus bonitarius etiam à privato cauſam habens, ſcit quidem quiritarium dominium ad alium ſpectare, & tamen quia ſcit ſe juſtè poſſidere, poteſt uſucapere, & eo modo quiritarium dominium acquirere. Ulpianus *in fragm. tit. 1. de libertis §. in bonis 13.* Textus ſic intelligendus *in l. ſi fur 32. in prin. dict. l. 3. §. 1. l. cum vir 42. de uſucap. l. 2. §. ult. pro emptor. l. 6. §. Julianus 3. de precario l. 84. de furt.* Merill. *lib. 2. poſterior. obſerv. cap. 38.* Galvanus *dict. cap. 25. n. 3.* Quod enim diximus titulum à privato provenientem non aliter juſtum eſſe, quam ſi rei alienæ fuerit ignorantia munitus; tunc ſolum verum eſt cum provenit à privato non domino, ſi vero fuerit à domino profectus quamvis dominium duntaxat transferat bonitarium, hoc ipſo juſtam reddit poſſeſſionem *dict. l. 33. §. 1. de uſucap. dict. l. 2. §. 1. pro emptor.* & habilis eſt ad uſucapionem dominii quiritarii, quamvis poſſeſſor alienam eſſe non poteſt ignorare, ergo bona fides ad uſucapionem requiſita tota vertitur in ſcientia juſtæ poſſeſſionis, ita ut quisquis ſe injuſtè poſſidere ſciat, quamvis rem alienam eſſe non ignoret, bonæ fidei poſseſsor dicendus ſit, etiam quoad cauſam uſucapionis.

Quinimo etiam eum qui nè bonitarium quidem dominium habet, & prorſus rem alienam eſse non ignorat, dummodo ſcientiam habeat 4
juſtæ poſseſſionis etiam quoad uſucapionem bonæ fidei poſseſsorem eſse evincit vexata Africani deciſio *in l. 28. de noxalibus actionib.* ubi aſserit noxali actione adverſus bonæ fidei poſseſſorem agi poſſe, quod & traditur *in l. 11. cum duab. ſeqq. eod. tit.* de quarum conciliatione cum *l. 27. §. ſervi 3. ad leg. Aquil.* videndus Suarez de Mendoza *lib. 1. ad leg. Aquil. cap. 3. ſect. 5. per tot.* ut in ejus ſit arbitrio ſervi deditione fungi aut litis æſtimationem offerre, ne alias ſumma iniquitate afficiatur ſi litis æſtimationem ſufferre cogatur, & quamvis ipſo jure per noxæ deditionem non liberetur, quia nullum ad actorem dominium transferre poteſt, cum ipſe dominus non ſit *l. 27. §. 1. de noxalib.* in effectu liberatur, & actor proinde habetur ac ſi dominus factus fuiſſet, ſed enim dominum ſervum vindicantem poteſt doli mali exceptione ſubmovere, niſi litis conteſtationem ſeu exiſtimationem offerat, vel dominum ſervum poſſidentem poteſt publiciana actione convenire, & cum de dominio excipientem per utilem doli mali replicationem repellere, & ſecundum hæc concludit Africanus actorem ſervum ſibi noxæ deditum uſucapere poſſe quamvis ſciens alienum poſſideat, & idem dicendum eſſe ſi actor ſervum, cum à bonæ fidei poſſeſſore non defenderetur juſſu Prætoris duxerit, & rationem ſubjungit; quoniam iſto etiam caſu juſtam cauſam poſſidendi habet, ergo manifeſtè ſenſit eum qui ſe juſtam poſſeſſionem habere ſcit, etſi maxime rem alienam eſſe cognoſcat bonæ fidei poſſeſſorem eſſe; verum hanc expreſſam Ulpiani ſententiam aſſumptum noſtrum non fulcire, & eam ſe noviter exponere gloriator Schifordeger *dict. tract. 22. quæſt. 10.* videamus quam recte ait ſingularem eſſe caſum *dict. leg. 28.* & in eo non ſimplicem rei alienæ ſcientiam intervenire, ſed juſtam etiam traditionis cauſam accedere *l. 3. cum leg. de publ. in rem actione* quæ ſufficit ad uſucapionem inſuper habita ſcientia rei alienæ quæ per conſequentiam contingit, idque ipſum Africanum denotare qui fruſtra monuiſſet actorem ſervum ſibi noxæ traditum à bonæ fidei poſſeſſore uſucapere poſſe, quamvis ſciens alienum poſſideat, niſi regulariter obtineret ut ſciens rem alienam uſucapere non poſſit. Hæc Schifordegerus in quibus quid novi afferat mehercule non video, niſi quod ſua caſtra deſerit, & ad noſtra tranſit, vel invitus admittit juſtam cauſam traditionis neglecta ſcientia rei alienæ *in dict. l. 28. de uſucap.* Sufficere, hoc autem eſt quod aſſerimus cum ſupra laudatis autoribus, qui non per ſcientiam rei alienæ in dict. l. 28. uſucapionem contingere affirmant, hoc enim non niſi ſtultè dici poſſet, ſed propter ſcientiam juſtæ poſſeſſionis quæ actorem ad uſucapiendum ſervum noxæ deditum, quamvis ſciens alienum poſſideat, bonæ fidei poſſeſſorem conſtituit; quod ideo Africanus admonuit ut Schifordeger. doceret bonam fidem quam requirit uſucapio non præciſè in ignorantia rei alienæ ſed in ſcientia

juſtæ poſseſſionis conſiſtere.

5 Nec felicius licet ſubtilius ab Africani deciſione ſe expediunt ex antiquioribus nonnulli quos referunt & ſequuntur Covarruvias *in regul. poſſeſſ. 2. part. §. 9. n. ult.* & Petrus Barboza *in l. 3. C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor. n.* 125. *& ſeqq.* dum reſpondent ſpecialem eſſe caſum & ſpecialitatis rationem ideo deſumunt quod licet ſingulariter res inter alios acta nocere alii non debeat *l. 63. de re judic. cum ſimilib.* tamen in actione noxali lata ſententia cum bonæ fidei poſſeſſore nocet vero domino qui & prædicta actione conveniretur ſi eum dominum eſſe conſtaret, & quia id ſolum procedit, ubi dominus cum eſſet præſens, ſervum non defendit *l. 2. §. 1. ſi ex noxali cauſa agatur l. 26. §. ult. l. 30. de noxalib. action.* ſubdit Barboſa *ubi nuper n.* 130. quod ſi abſente domino noxalis actio cum bonæ fidei poſſeſſore fuerit inſtituta actorem ſervum ſibi noxæ traditum ſi ſciens alienum poſſideat, uſucapere non poterit, quippè cum ſententia domino abſenti nocere non poſſit, ceſſat omnino ratio propter quam in Africani ſerie, ſcientia rei alienæ non impedit uſucapionem. Hæc namque ſolutio ex eo convincitur quod Africanus totam ſuæ deciſionis rationem ponit in ſcientia juſtæ poſſeſſionis non in eo an ſententia lata contra bonæ fidei poſſeſſorem vero domino noceat. Quapropter licet inter caſum abſentiæ & præſentiæ domini illud interſit, quod dominus qui præſens fuit quo tempore noxali actione adverſus bonæ fidei poſſeſſorem agebatur, ſententiæ ſtare tenetur, ita ut ſervum actori noxæ traditum non aliter quam ablata æſtimatione poſſit vindicare qoi vero eo tempore abſens fuit poteſt etiamſi æſtimationem non offerat, ſervum vindicare, & ad ejus defenſionem admitti ex dictis juribus, Quoad cauſam tamen uſucapionis præſens an abſens fuerit dominus cum bonæ fidei poſſeſſor putabatur, nihil refert, ſed indiſtinctè actor ſervum quem noxæ accipit quamvis ſciens alienum poſſideat, poteſt uſucapere propter ſcientiam juſtæ poſſeſſionis, quam utroque caſu judice vel Prætore autore ex juſta cauſa acquiſivit, nec quod dominus qui abſens fuit poſſit ſervum etiam non oblata æſtimatione vindicare, poteſt uſucapionem impedire cum nullus ignoret plerumque rem quam quis cœpit uſucapere ante impletam uſucapionem etiam non oblata ejus æſtimatione à domino poſſe vindicari; nec tamen ideo uſucapionem impediri dummodo poſſeſſio non fuerit interrupta. Diſſimulare tamen nefas eſſet quod huic noſtræ interpretationi ipſe reſiſtere videtur Africanus in dict. l. 28. de uſucap. & ſecundum hæc ubi ex eo quod prædixerat actorem dominum ſervum vindicantem poſse per doli exceptionem ſubmovere, vel cum etiam poſſidentem in publiciana vincere ſi litis æſtimationam non offerat, infert, ſecundom hæc quoque uſucapere poſse, quamvis ſciens alienum poſſideat, ergo non ex ſcientia juſtæ poſseſſionis ſed ex eo quod ſcientia domino præjudicet, petit ſuæ deciſionis rationem. Huic difficultati ſponte reſpondeo, alio ni fallor tendere Africanum; Dixerat initio actorem cui ſervus noxæ deditus fuit à bonæ fidei poſseſsore poſse publiciana adverſus dominum experiri, nunc in verſiculo *& ſecundum hæc* prout acris fuit ingenii ſic arguit: Quisquis poteſt publiciana actione experiri poteſt uſucapere *l. ſed etſi 7. §. ult. de public. in rem act.* quamvis ea regulariter adverſus dominum non poſſit conſiſtere *l. penult. & ult. eod. titulo.* ergo fortiori ratione actor qui etiam contra dominum poteſt publicianam intendere, poterit ſervum ſibi noxæ traditum uſucapere, quamvis ſciens alienum poſſideat, ſed nec hic ſiſtit, imo ut nullum dubitationi locum relinquat, progreditur docens, ideo actorem ſervum uſucapere poſſe quia juſtam habet cauſam poſſidendi, & in ſumma: quod actor poſſit publicianam contra dominum exercere, facit ſcientia quæ & domino præjudicat, quod autem ſervum poſſit uſucapere, facit juſtæ poſſeſſionis ſcientia, quæ cum etiam intercedat ubi dominus abſens fuit, hoc quoque caſu uſucapiendi facultatem præſtat actori, quamvis non poſſit publiciana adverſus dominum contendere, ergo ſi perpendas Africanum, probat omnino quod bona fides ad uſucapionem requiſita ſolum in ſcientia juſtæ poſſeſſionis conſiſtit.

Sed hanc doctrinam infringere videtur textus *in l. 7. §. qui bona fide 4. verſ. idem juris pro emptore* ubi qui de fundo dejectus poſſeſſionem per interdictum recuperavit, ſi ſciat fundum alienum eſſe, uſucapere non poteſt & tamen ſcientiam habet juſtæ poſſeſſionis, cum Prætore auctore poſſideat *dict. l. 11. de acquir. poſſeſſ.* ergo qui rem alienam eſſe cognoſcit, quamvis ſe juſtè poſſidere ſciat, bonæ fidei poſſeſſor non eſt quoad cauſam uſucapionis; facile tamen reſpondeo, quod diximus ſcientiam habere juſtæ poſſeſſionis eum qui auctore prætore poſſideat, & ea ratione uſucapere poſſe ita demum intelligendum eſse ſi Prætoris auctoritate poſseſſionem acquiſierit ex juſta cauſa & habili ad uſucapionem, ea ſcilicet ex qua dominium acquireret ſi dominus fuiſset is à quo juſsu Prætoris poſseſſionem avocavit *ex regula textus in l. 74. de contrah. emptione* qualis eſt noxæ deditio *in dict. l. 28. de noxalibus actionib.* Profecto autem cauſam reſtitutionis propter interdictum unde vi inefficax non eſt ad tranſlationem dominii, & ſi dominus eſset is qui poſſeſſionem reſtituit cum per eam dejectus recuperata poſseſſione ſolum in priſtinam cauſam reſtituatur *l. 1. §. 3. cum ſimilibus de vi & vi armata*, & ſic nec præſtat uſucapiendi facultatem, quam ob rem ex præfata reſtitutionis cauſa tanquam inefficaci ad uſucapionem ſupereſt *in dict. §. 4.* titulus emptionis, qui ot potè à privato proveniens juſtum non efficit poſseſsorem, qui rem alienam poſſidere ſe cognoſcit. Difficilior ſane videri poteſt *l. 12. §. 8. de captiv. & poſtlim. reverſ.* ubi qui ſervom alienum ab hoſtibus captum redemit ita oſucapere poteſt, ita ut ne poſt legitimum tempus priori Domino offerendi pretii facultas ſuperſit ſi ignorans captivum, exiſtimans vendentis eſse redimit, tunc ſic: qui alienum ſervum ab hoſtibus captum redimit, quamvis ſciat alienum fuiſse, juſtam nanciſcitur poſseſſionem auctoritate conſtitutionis quæ ei dominium tribuit reſolubile, cujus reſolutio tota ex eo pendet qood priſtinus dominus pretium redemptionis exſolvat *dict. l. 12. §. ſi quis 7.* & tamen licet ſcientiam habeat juſtæ poſseſſionis ſervum quem alienum fuiſse cognoſcit, uſucapere non poteſt, ergo bona fides quam 6

deſiderat

deſiderat uſucapio, in ignorantia rei alienæ, non in ſcientia juſtæ poſſeſſionis conſiſtit, nec dici poteſt uſucapionem procedere, etiamſi quis ſciens alienum redimeret, contrarium enim aſſerit Tryphoninus *in dict. l. 12. §. 8. in princ. & verſ. rurſum & §. manumittendo 9. verſ. certo de captiv.* ut conſiderant Petrus Barboſa *in dict. l. 3. n. 112. cum ſeqq.* & Schifordeger. *dict. lib. 3. tract. 22. quæſt. 9.* Quapropter reſpondeo eum qui ſciens ſervum alienum ab hoſtibus captum redemit, ſcientiam quidem habere juſtæ poſſeſſionis, uſucapere tamen non poſſe, propter conſtitutionem latam de redemptis, quæ quamvis ut ad redimendos captivos cives alliceret, dominium ſervi alieni redemptori conceſſerit, redimenti æque tamen domino proſpexit, cui pretio redemptionis oblato ſervum recuperandi tribuit facultatem, quam nullo temporis ſpatio finiri permiſit. Nec tunc obſtat quod ſi conſtitutio uſucapionem impediret, nec is qui ignorans ſervum redemiſſet, poſſet uſucapere *ex regula textus in l. 24. de uſucap.* quippe conſtitutionem non deteriorem ſed imo meliorem redimentium cauſam efficit, dum eis reſolubile dominium conceſſit, & ſic in caſu ignorantiæ uſucapionem permiſit, etenim ut eleganter diſputat Tryphoninus *in dict. §. 9.* extingui jus bonæ fidei emptionis vetuſtiſſimum id eſt ex regula 12. tabularum deſcendens, & iniquum, & contra mentem conſtitutionis eſſet, quod ſic explicandum eſt: qui bona fide rem à non Domino emit, quamvis nullum dominium acquirat poteſt uſucapere, ergo qui ſervum alienum ignorans redemit, & ejus dominium acquiſierit, ſtrictiore ratione poterit uſucapere, ne alias deterioris ſit conditionis quam ſi nullum dominium acquiſiiſſet, quod ſane eſſet contra mentem conſtitutionis, quæ redimentium conditionem numquam deteriorem effecit, ſed potius meliorem quoad dominium, ita tamen ut in caſu ſcientiæ in gratiam veteris Domini uſucapionem prohibeat, atque ideo adhue poſita juſtæ poſſeſſionis ſcientia non procedit.

7 Habemus ex his bonam fidem quam deſiderat uſucapio eſſe juſtæ poſſeſſionis ſcientiam, nec ſemper exigere ignorantiam rei alienæ, ſed tunc ſolum cum à privato non Domino titulus dimanat. Nunc videamus quo tempore bonam fidem intervenire oporteat? & certi juris eſt non contractus ſeu tituli initium, ſed adeptæ poſſeſſionis tempus, quod eſt initium uſucapionis intuendum *l. 4. §. 18. l. ſi is 19. §. ult. l. juſto 44. §. & ſi poſſeſſionis 2. l. 48. de uſucap. l. 2. in prin. verſ. ſi. pro emptore.* Ab hac tamen regula excipitur contractus emptionis & venditionis in qua juxta ſententiam Sabini, quæ obtinuit, non aliter procedit uſucapio quam ſi utroque tempore contractus ſcilicet & traditionis adſit bona fides *dict. l. 48. de uſucap. dict. l. 2. pro emptore,* quam exceptionem ut non vulgariter forſan explicemus ſciendum eſt, & in omnium conſultorum ſcientia contractum emptionis & venditionis in eo à cæteris ſecerni, quod cum in ſtipulatione & ſimilibus cauſis quoad bonam fidem ſolum adeptæ poſſeſſionis tempus attendatur, in emptionis titulo tempus contractus inſpicitur, cujus diverſitatis rationem, omiſſis quæ tradunt nonnulli *apud Oſſuald. lib. 5. comment. cap. 17. litt. B.* indicat Paulus *in dict. l. 15. §. ult. de uſucap.* qui rem alienam ſtipulatur (idem de ſimilibus titulis dicendum eſt) quamvis alienam eſſe ſciat, non ideo in mala fide conſtituitur, ſed eo animo ſtipulatur, ut promiſſor rem acquirat & ejus dominium transferat, prout ex natura contractus transferre tenetur, *l. 25. §. 1. de contrah. empt. juncto Roberto lib. 2. receptarum lection. cap. 23.* cui ſubſcribit Arias de Meſa *lib. 3. var. cap. 43. n. 25.* & ſic tempore traditionis poteſt habere juſtam cauſam exiſtimandi rem propriam promiſſoris fuiſſe, quæ eum in bona fide conſtituit, & juſtam ſtipulationem effecit, non idem de emptore dici poteſt, qui ſtatim ac rem quam alienam eſſe intelligit, malam fidem habet, & titulum emptionis reddit injuſtum, cum nec juſte poſſit ſperare venditorem dominium acquiſiturum, quem ſcit non præciſè dominium transferre, ſed ſolum rem tradere teneri *dict. l. 25. §. 1. l. ex empto 11. §. 1. de actionib. empti,* ex ratione quam affert Retes *lib. 2. opuſc. ſect. 1. cap. 3. n. 4. cum ſeq.* Nec ea mente emiſſe dici poteſt, ut venditor rem ante traditionem redimeret, cum poſſet ipſe vel à Domino emere vel ei à quo emit mandare ut rem ſibi emeret *l. 2. §. 1. mandat.* ſic docet, quamvis non ſic explicet *ex Paulo Caſtrenſi & Cujacio* Aſſim. *ad rubr. noſt. tit. n. 318.*

Sed quamvis omnes Conſulti in eo conveniſ- 8
ſent, ingens tamen ſuborta fuit quæſtio inter Proculum & Sabinum, utrum ſcilicet in emptione ſufficeret bona fides tempore contractus, an verò etiam traditionis initium eſſet expectandum? exiſtimabat Proculus emptionis duntaxat, non etiam traditionis tempus attendi oportere ex eo forſitan, quod cum mala fides proveniens non interrumpat uſucapionem, ſufficere viſum eſt bonam fidem emptionis tempore intervenire, ne deterioris conditionis ſit emptor, quam qui alium quemlibet titulum habet ad uſucapiendum, ut conſiderat noſter anteceſſor D. Nicolaus de Caſtro *ad prin. inſtit. de empt. & vendit. n. 32.* Vel ex eo quod cum periculum & commodum rei venditæ etiam ante traditionem ad emptorem pertineat *l. 1. & per tot. tit. Dig. & Cod. de pericul. & comm. rei vend. §. cum autem 3. inſtit. de empt. & vendit.* Quidquid ſentiat Cujacius *tract. 8. ad African. in l. 23. locati,* utique & bona fides utpote commodum emptionis quoad cauſam uſucapionis non traditionis ſed contractus tempore inſpicienda videbatur; ex contrario Sabinus cujus ſententia prævaluit, non ſolum contractus, ſed & traditionis tempore bonam fidem exigebat *l. 43. dict. l. 48. de uſucap. dict. l. 2. pro emptore* efficaci quidem ratione, quæ Proculi fundamenta ſimul evertit ex cauſa enim emptionis ad inſtar cæterorum contractuum, non ante incipit uſucapio, quam per traditionem poſſeſſio fuerit acquiſita, ergo etſi detur bona fides tempore contractus, mala quæ adeſt tempore traditionis non quidem interrumpit nondum cœptam uſucapionem, ſed ejus initium impedit. Sed objicere videtur ſingularis textus *in l. 10. de uſucap.* ubi cum quæreretur an emptionis, an traditionis initium quoad bonam fidem inſpiciendum foret, ait Ulpianus obtinuiſſe Sabini & Caſii ſententiam traditionis initium ſpectantium, ergo falſo diximus utrumque tempus contractus & traditionis attendi debere. Pro cujus difficultatis intelligentia omiſſo Cujacio quem ſequuntur *ubi ſupra* Aſſim. *n. 340.* Valent. *lib. 1. illuſt. tract. 3. cap. 4. n. 19.* Oroz. *lib. 4. de Apicib. cap. 6. num. 11.* exiſtimabam textum *in dict. l. 10.* optime intel-

Digitized by Google

ligi poſſe quin vocula etiam exaudiri opus ſit. Proponit Ulpianus ut ex littera conſtat rem bona fide emptam fuiſſe, & ſic ſupponit bonam fidem tempore contractus interveniſſe, tuncque diſputat, an traditionis initium ſit expectandum? & expectandum reſpondet, ergo expreſſe docet duplici tempore bonam fidem deſiderari. Non æquè facilis eſt textus *in dict. l. 7. §. 4. verſ. nec ſimilis pro emptore* ubi poſtquam dixit Julianus quod qui recuperatæ poſſeſſionis tempore malam fidem habet, uſucapere non poteſt; ſubjungit. *nec ſimilis eſt ei qui emptionis tempore putat fundum vendentis eſſe*, ſed cum traditur, ſcit alienum eſſe, ergo Julianus ſolum emptionis tempore exigit bonam fidem. In hoc textu veſtigium diſſenſionis agnoſcunt Cujac. *lib.* 23. *quæſt. Papin. in dict. l.* 44. §. 2. *de uſucap.* & Duarenus *ad tit. de uſucap. cap.* 2. *in fine*, quæ ſententia ferenda non eſt, tum quia Julianus auctor *dict. l.* 7. Sabinianus fuit *l.* 2. §. *ult. de orig. jur.* Merill. *lib.* 1. *prior. obſerv. cap.* 27. ut animadvertunt Valent. & Caſtro *ubi ſupra*, tum etiam quia ipſe Julianus in terminis emptionis duplici tempore bonam fidem acquirit *in l.* 7. §. *ult. de publ. in rem act.* de cujus explicatione & conciliatione *cum* §. *publiciana* 14. ejuſdem legis 7. conſulendus Caſtro *dict. n.* 32. Nec melius Cujacius *lib.* 44. *Digeſt. Juliani in dict.* §. 4. quem plerique ſequuntur non *nec ſimilis*, ſed *nec diſſimilis* legendum eſſe reſpondet, nam ut rectè obſervat Valent. *dict. n.* 19. ratio illa quam adjicit Julianus ibi *cum ſemel amiſſa fuerit poſſeſſio, initium rurſum recuperata poſſeſſionis ſpectari oportet* omnino diſſimilitudinem oſtendit, ſed nec ipſe Valent. quidquam melius affert, ſolutionem promittit quam non præſtat, veritatem igitur inveniſſe mihi videtur magnus Cujacius quem miror præfatos interpretes non legiſſe ſpecioſa brevitate ad *Pandectas in dict.* §. 4. dum aſſerit diſcrimen conſtituere Julianum inter eum qui recuperatæ poſſeſſionis tempore malam fidem habet, & eum qui emptionis tempore exiſtimat rem vendentis eſſe, ſed cum traditur, ſcit alienam eſſe, verum non quoad effectum uſucapionis quæ neutro ex his caſibus procedit, ſed in eo quod qui recuperatæ poſſeſſionis tempore malam fidem habet citra controverſiam tam in Proculi quam in Sabini ſententia uſucapere non poteſt, qui vero bonam fidem habuit emptionis tempore, ſed traditionis initio ſcit rem alienam eſſe, ſaltem in ſententia Proculi poteſt uſucapere, quamvis in ſententia Sabini quæ obtinuit, & quam amplectitur Julianus uſucapere non poſſit, quam ſolutionem immeritò ſibi adrogavit quidam magni nominis anteceſſos jam Regius Senator *in ſuis ad noſtrum titulum commentariis n.* 11. qui potuit laudare Cujacium multo ante ita reſpondentem.

9 Si in omnibus ergo titulis exigitur bona fides tempore traditionis, ex quo incipit uſucapio, & ex eadem ratione etiam deſideratur tempus recuperatæ poſſeſſionis, ſi forſan poſſeſſio fuerit interrupta *dict. l.* 15. §. 2. *de uſucap. dict. l.* 7. §. 4. *pro emptore* ubi duo extant hujus regulæ exempla, primum ſi quis hominem quem uſucapere cœperat, vendiderit, & poſtea propter aliquod vitium latens per redhibitoriam actionem recuperaverit ſciens alienum eſſe, ſecundum ſi is qui de fundo quem uſucapiebat vi dejectus poſſeſſionem per interdictum recuperaverit, cum jam ſciret fundum alienum eſſe, in nullo ex his caſibus uſucapionem procedere dicitur, quia initium ſecundæ poſſeſſionis vitioſum eſſet, unde falſam cenſeo opinionem quam amplectuntur Cujacius *ad Pandectas in l.* 4. §. *heres* 15. *de uſucap.* Oſſualdus *lib.* 20. *comment. cap.* 8. *litt. A.* Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 4. *n.* 59. qui decepti autoritate textus *in dict. l.* 7. §. *penult. & ult. de publician. in rem actione* aſſerunt publicianam actionem competere ei qui ab initio bonam fidem habuit, quamvis exercendæ actionis tempore in mala fide ſis conſtitutus ex eo quod mala fides ſuperveniens ſicus in ſpecie uſucapionis curſum non impedit, ſic nec publicianæ actionis exercitium poteſt impedire, verius namque eſt, uti ego exiſtimo publicianam actionem non competere ei, qui ejus inſtituendæ tempore malam fidem habet, quamvis ab initio cœperit uſucapere, ſolum enim is poteſt agere publiciana, qui poteſt uſucapere, ut notum eſt, ſed qui tempore recuperatæ poſſeſſionis ſcit rem alienam eſſe, uſucapere non poteſt, ergo nec poterit exercere publicianam quæ nullum ei commodum afferret, nec quod ſuperveniens mala fides uſucapionem non intervertat, poteſt inducere publicianam, hæc quippe regula, quod non animadvertunt interpretes, ſolum obſervatur ubi poſſeſſio fuerit continua, & numquam interrupta, at ſi poſſeſſionis interruptio interveniret, mala fides quæ adeſt iterato adeptæ poſſeſſionis tempore, nec interrumpit nec interrumpere poteſt uſucapionem, quæ nondum cœpit, ſed propter viſium ſecundæ poſſeſſionis eam incipere non ſinit; nec offendimur textu *in dict. l.* 7. §. *penult. & ult. de publiciana*, ubi ex eo quod dicitur ad hoc ut publiciana competat emptori, opus eſſe bonam fidem emptionis & traditionis initio interceſſiſſe, non recte inferri bonam fidem non deſiderari exercendæ actionis tempore, imo *in dict.* §. *ult.* diſerte reſpondetur bonam fidem adeſſe non ſolum emptionis & traditionis initio, ſed & tunc id inſtituendæ actionis tempore, quamvis verbum *tunc* ad tempus contractus referat Oſſualdus ubi ſupra.

Hujus autem regulæ quæ habet bonam fidem 10
deſiderari initio adeptæ ſeu recuperatæ poſſeſſionis duplicem exceptionem adhibet Papinianus in difficili textu *in dict. l.* 44. §. *& ſi poſſeſſionis* 2. *de uſucap.* ubi docet nonnunquam evenire, ut non initium præſentis poſſeſſionis, ſed antiquior traditionis cauſa quoad bonam fidem inſpiciatur veluti circa partum ejus mulieris, quam quis bona fide cœpit poſſidere, & priuſquam eniteretus alienam eſſe cognovit, & circa ſervum quem cum quis bona fide poſſideret ab hoſtibus captum mox ſciens alienum poſtliminio recuperavit. Utraque tamen exceptio ex eo difficilis redditur, quod poſſeſſio ac per conſequens uſucapio partum non ante incipit quam in lucem editus ſit *l. Si ego* 11. §. 2. *de publiciana*, ergo mala fides quæ adeſt adeptæ poſſeſſionis tempore debuit partus uſucapionem impedire. Rurſus poſſeſſio ſervi ſicuti & cujuslibet rei ab hoſtibus captæ per captivitatem interrumpitur *l.* 19. *l.* 23. §. *item* 2. *ex quibus cauſ. maj.* ergo mala fides quæ datur tempore recuperatæ poſſeſſionis ſervi poſtliminio reverſi debuit initio uſucapionis obſiſtere Retes *lib.* 5. *opuſc. cap.* 12. *n. ult. & lib.* 6. *cap.* 11. *n.* 6. reſpondet regulam quæ exigit bonam fidem tempore præſentis poſſeſſionis locum ha-

bere cum nova poſſeſſio acquiritur, aut recuperata ex nova cauſa, qualis eſt redhibitio aut recuperatio per interdictum undè vi *in dict. l.* 7. §. 4. *pro emptore*, non vero cum nova poſſeſſio provenit ex veteri cauſa ut conſtat *ex dict. l.* 4. §. 2. ubi partus in lucem editus non ex nova ſed ex veteri cauſa poſſidetur, quamvis enim cum matre prægnante venditus propriè dici non poſſit *l.* 42. *de evictionibus* emptionis tamen occaſione, & ſic pro emptore poſſideri intelligitur *l.* 82. §. *Julianus* 4. *de legatis* 1. *l. ſi id quod* 73. *de legat.* 2. & ſervus poſtliminio reverſus non ex nova ſed ex veteri cauſa poſſidetur *l.* 43. *ad leg. falcid. l.* 11. §. 4. *de except. rei judic.* Quæ ſolutio ex eo non poreſt ſuſtineri quod *in dict. l.* 7. §. 4. per actionem redhibitoriam aut interdictum unde vi nova poſſeſſio ex veteri etiam cauſa recuperatur, ut evincunt textus *in l.* 60. *de edilit. edicto dict. l.* 1. §. 31. *de vi & vi armata*, & tamen recuperatæ poſseſſionis tempore bona fides exigitur, quare utriusque exceptionis ratio ex eo deſumenda eſt, quod partus ſimul cum matre prægnante traditur, intelligitur *l. ult.* §. 5. *quæ in fraud. credit.* & ubi in lucem editus eſt, perinde habetur ac ſi ex tempore conceptionis fuiſset in rerum natura *l. pen. de ſtat.hom, l. cum quidam* 30, §. 1. *de acquir. hered.* & pariter ſervus captivus (ſæpè is qui in utero eſt capto ab hoſtibus æquiparatur, ut noviter inde explicans difficilem textum *in l.* 2. *in prin. de collat. bonor.* pro præterito anno adſcribebant *in methodico commentario ad titulum de collationibus cap.* 2. *n.* 11. ubi ab hoſtibus rediit perindè habetur poſtliminii poteſtate, ac ſi numquam captus fuiſset & ſic partus in lucem editi, & ſervi poſtliminii reverſi non tam nova poſſeſſio acquiritur quam vetus deregitur quoad cauſam bonæ fidei ad uſucapionem requiſitæ docent ex Cujacio *lib.* 23. *queſt. Papin. in dict. l.* 44. §. 2. & late proſequuntur Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. §. 2. *n.* 61. & §. 3. *ex n.* 20. & §. 4. *n.* 33. Aſſim *ad rubr. noſt. tit. in* 208. *cum duobus ſeqq.* & *ad l.* 1. *C. hoc tit. ex n.* 187. qui explicant textus *in dict. l.* 4. §. 18. *de uſucap.* & *in l. ſi ancillam* 4. *pro ſuo* qui tanquam ad partem ancillæ furtivæ pertinentis non onerant præſentem inſpectionem.

Ex eo quod bona fides exigitur adeptæ poſſeſſionis tempote facile colligitur quod ſemel utiliter cæptam uſucapionem mala fides ſuperveniens non interrumpit *l.* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom. dict. l.* 43. *de uſucap. l.* 2. §. *ſi ſervus* 13. *pro emptore l. un. verſ. hoc tantummodo de uſucap. transform.* quia bona fides in id ſolum deſideratur ut juſtam reddat poſſeſſionem quæ ubi ſemel ab initio juſta fuerit propter ſcientiam rei alienæ injuſta effici non poteſt cum nemo ſibi ipſi poſſit mutare cauſam poſſeſſionis ſive in melius, ſive in deterius *l. ſi de* 4. §. 2. *juncta l. clam poſſidere* 6. *in prin. de acquir. poſſeſſ.* tradit Oſſualdus *lib.* 5. *comment. cap.* 17. *litt. C.* in quo maximè diſtat uſucapio à fructuum acquiſitione quam impedit ſuperveniens mala fides *l.* 23. §. 1. *dict. l.* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom.* Cujus differentiæ rationem præter inſtitutionem interpretes *ad* §. *ſi quis à non domino* 35. *inſtit. de rer. divis.* Explicant Cujacius *tract. ad African. in dict. l.* 40. §. 2. *de acquir. poſſeſſ.* & Donell. *lib.* 4. *comment. cap.* 24. quæ doctrina non ſolum in immobilibus ſed etiam in mobilibus procedit quamvis Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 17. exiſtimaverit rerum mobilium uſucapionem interrumpi per ſupervenientiam malæ fidei ex eo quod ſimul ac quis rem mobilem alienam eſſe cognovit, & eam detinet, furtum committit quod rem inuſucapibilem reddit ex legibus decemviralibus & aſinia, quæ ſententia ex eo facile convincitur quod qui ab initio bonam fidem habet, & ſi rem quam poſſidet alienam eſſe ſcierit, & eam detinuerit, fraudem non facit, cum detineat animo implendæ uſucapionis, quam jure poteſt implere & ſic furtum non committit, ut cum judicio animadvertit Reres *dict.* 2. *part. de uſucap. ſect.* 1. *n.* 9. qui tamen non rectè Donelli ſententiam admitiit eo caſu quo poteſt ſupervenientem malam fidem is qui erat in via uſucapiendi rem incipit celare & Domino ſubducere ne illam poſſit apprehendere, quem ideo uſucapere non poſſe contendit, quia propter contrectationem & occultationem rei furtum facit *l.* 48. §. 3. *de furtis.* animadvertere enim debuit vir doctiſſimus eum qui cæpit uſucapere, quamvis poſtea in malam fidem inciderit & rem celare inceperit, nihilo magis furtum committere, quia non quælibet occultatio rei alienæ furtum facit *l.* 40. §. 3. *de furtis.* ſed ea demum quæ ut fraudulenta, ut conſtat ex definitione furti & ex *dict. l.* 48. §. 3. Porto fraudulenta dici non poteſt occultatio rei alienæ poſt ſupervenientiam malæ fidei, qui enim ſcit ſe rem adhuc uſucapere poſſe, eam jure occultat & domino ſubducit, nec niſi ſtulte nimis dominum certioraret: & ſic cum furtum non committat poterit uſucapionem perficere: Nec obſtat textus *in dict. l.* 4. *pro ſuo.* pro cujus interpretatione conſulendi erunt interpretes in præcedentis numeri fine laudati; unum illud moneo hanc juris noſtri diſciplinam Pontificum jus abrogaſſe quod cum neglectis ſubtilitatibus animarum ſalutem intueatur, continuam bonam fidem deſiderat, & malæ fidei poſſeſſorem nullo uſquam tempore uſucapere permittit. *cap. ult. extra de præſcrip. reg. poſſeſſ. de regul. jur. lib.* 6. de qua re nè manum in alienam meſſem mittamus videndus plures referens Gonzales *dict. cap. ult. de præſcript.*

Supereſt ut diſpiciamus ex cujus perſona bona fides ad uſucapionem requiſita ſit æſtimanda, & aſſerendum eſt bonam fidem exigi in uſucapiente, quod non fruſtra monemus, ſed quia licet per procuratorem ignoranti domino acquiratur poſſeſſio l. ſine 34. §. 1. de acquir poſſeſſ. *l.* 1. *C. eod. tit.* uſucapio autem non niſi ſcienti domino acquiritur *l. poſſeſſio* 49. §. *ult. eod tit. l.* 47. *de uſucap.* textus ſic intelligendus *in* §. *penult. inſtit. per quas perſon. nob. acquir.* Dominum enim quem uſucapere conſtat bonam fidem habere oportet, in quo multum differt ſervus à procuratore, quod ut percipiatur, ſciendum breviter eſt quod regulariter ubi poſſeſſio per ſervum domino acquiritur, non aliter dominium uſucapere poteſt, quam ſi utriuſque ſcilicet ſervi & domini bona fides interveniat, quia eſt inſtrumentum acquiſitionis, & domini, quia ipſe eſt uſucapiens *l.* 43. §. 1. *de uſucap. l.* 2. §. 12. & §. 14. *pro emptore* docet Cujacius *in dict. l.* 43. §. 1.

& tractat. 8. *ad African. in l.* 1. *de ædil. edict.* ab hac tamen regula, ille caſus abducitur quo ſervus ex cauſa peculiari poſſeſſionem nanciſcitur, nam tunc etiam ignoranti Domioo uſucapio procedit, dummodo ſervus bonam fidem habuerit *l.* 1. §. 5. *verſ. igitur dict. l.* 49. §. *ult. de acquir. poſſeſſ. l. habeo* 8. textus ſic intelligendas *in l.* 20. *de uſucap. dict. l.* 2. §. 1. *cum* 3. *&* 4. *dict. l.* 7. §. *ult. pro emptore* eujus ſpecialitatis rationem & differentiam quoad rem inter ſervum, fidelium familias & procuratorem, nè in re vulgari immoremur alios referens tradit Valent. lib. 1. illuſt. tract. 2. *cap.* 8. *ex n.* 18.

13 Rurſus quæri ſolet ubi datur acceſſio poſſeſſionis, an auctoris, an ſuceeeſſoris bona fides ad uſucapionem attendatur in qua re univerſi juris ſucceſſores à particularibus ſeparantur & quoad univerſales veluti hæredes bonorum poſſeſſores & ſimiles ita bona fides auctoris ſpectatur, & ſi is bona fide rem uſucapere cæperit, ipſi quamvis malam fidem habeant, poſſint uſucapionem perficere, & è converſo mala fides autoris ſie eis nocet, ut etſi maxime bonam fidem habeant, non modo uti acceſſione poſſeſſionis, non poſſint, ſed nec uſucapionem incipere *l.* 7. §. *in hac actione* 12. *de publiciana dict. l.* 43. *in prin. de uſucap. dict. l.* 2. §. 19. *pro emptore l.* 11. *de diverſ. & temporal. præſcript. l. ult. C. comm. de uſucap.* §. 12. *inſtit. de uſucap.* Ratio facile ſumitur ex eo quod uoiverſi juris ſucceſſores auctoris ſui perſonam repræſentant *dict. l.* 11. *de diverſ. & temp. præſcript. cum vulgatis* in eadem autem perſona jure civili receptum, ut mala fides obſter initio, non vero jam cæptæ uſucapioni, unde textus *in l.* 11. *de acquir. poſſeſſ.* quatenus aſſerit quod vitia poſſeſſionum à majoribus cootracta perdurant, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa committatur tam in prima quam in ſecunda parte de ſucceſſiooe univerſali accipiunt Cujacius *in cap. penult. de reſtit. ſpoliat.* & Gyphan. *in eadem l. n.* 6. quamvis aliter nec improbabiliter primam ejus partem ad univerſales, ſecundam vero ad particulares ſucceſſores referant Donell. *lib.* 5. *comment. cap.* 20. & Aſſim *ad l.* 1. *C. hoc tit. n.* 23. aliud ſaue procedit in particularibus ſucceſſoribus veluti emptoribus, donatariis, & his ſimilibus, quibus nec bona fides auctoris, eujus perſonæ vicem non gerunt prodeſſe poteſt, ſi ipſi malam fidem habeant, nec è converſo mala fides auctoris nocere debet, dummodo ſint bonæ fidei poſſeſſores dict. l. 7. §. 11. de public. dict. l. 7. §. 6. pro emptore *l. ex. vitium* 5. *in prin. de diverſ. & tempore præſcript. l,* 63. *C. de periculo & comm. rei vind. l.* 5. *C. hoc tit.* niſi velint uti acceſſione poſſeſſionis *l. Pomponius* 13. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* vitioſæ enim poſſeſſionis nulla alia poteſt accedere *dict. l.* 13. §. *ult.* quod indiſtinctè ſervatur ſivè ex onerofa, ſive ex lucrativa cauſa quis ſuceeſſor ſit *dict. l.* 5. de diverſ. & tempor. præſcript. Nec in eontrarium facit textus *in l.* 4. §. *de auctoris* 27. §. *ſi quis* 29. *cum duobus ſeqq. de dol. mal. & met. except.* pro cujus intelligentia videndi Cujacius *in l.* 54. *de reg. jur.* Donell. *dict. lib.* 5. *cap.* 20. & ubi Oſſuald. *litt. h.* Aſſim. *ubi nuper ex n.* 26. hoc autem jus aliquatenus emendavit Juſtinianus *in auth. mala fidei C. de præſcript. long. temp.* quæ explicatione non indiget.

Quod diximus malam fidem auctoris particulari ſucceſſori non nocere, obtinet quidem in rebus immobilibus quarum furtum fieri non poſſe eonſtat ex *l. quam rem* 38. *de uſucap.* in quibus terminis ſiguanter procedunt textus *in dict. l.* 7. §. 6. *pro emptor: & in dict. l.* 5. *C. hoc tit.* ex quibus explicandi & reſtringendi ſunt textus qui iudefinitè loquuntur in *dict. l.* 7. §. 11. *de public. & in dict. l.* 3. *C. de diverſ. & tempor. præſcrip. cum ſimil.* in rebus autem mobilibus procedere non poteſt quæ per diſtractionem mala fide factam furtivæ & ſic inuſucapibiles redduntur. *l. alienum* 6. *l.* 16. *C. de furt: l.* 5. *l.* 7: *C. hoc tit: l.* 2. *C. de uſucap. pro donat.* §. *quod autem* 3. *verſ. nam qui ſciens inſtit: de uſucap.* ut ex Cujacio & Oſſual. docet Aſſim. *ubi ſup. n.* 22. quod ita demum verum eſt; cum quis ab initio ſcivit rem alienam eſſe, qui cum uſucapere non poſſit, furtum per diſtractionem committit, quod & committeret, & ſi intervertendi animo rem ſibi retioeat *l.* 67. *de furtis*, ſi vero qui ab initio bonæ fidei poſſeſſor fuerit, quamvis poſtquam in malam fidem inciderit rem diſtraxerit, non ideo furtum committeret, quippe cum poſſet uſucapionem implere dum diſtrahit, jure ſuo utitur, & ſic fraudem non facit, qua propter emptor non ſolum rem uſucapere, ſed & acceſſione poſſeſſionis ex perſona venditoris uti poterit ut cum judicio obſervarunt Cujacius ad pandect. *in dict. l.* 7. §. 6. *pro emptore*, & eum ſecutus eſt Arnold. Vinn. §. *furtum* 2. *inſtit. de uſucap. n.* 1. quorum ſententia poteſt illuſtrari ex his quæ *n.* 11. contra Donell. & D. Retes diſputavi & hæc de bona fide ad uſucapionem requiſita ſufficiant. 14

CAPUT III.

De juſtis titulis ex quibus procedit uſucapio.

1 DEſiderat etiam uſucapio juſtum titulum *l.* 24. *C. de rei vindic. l.* 6. *C. de acquir. poſſeſſ.* Juſtus autem titulus ille dicitur quoad eauſam uſucapioois ex quo traditione ſecuta dominium transferretur ſi vero à Domino originem duceret *l.* 3. *de public. l. clævibus* 74. *de contrah. empt.* unde tituli temporarii qui nec à vero Domino facta traditione habiles ſunt ad tranſlationem dominii, veluti pignus, depoſitum, locatio, precarium & commodatum uſucapionem non pariunt *l.* 13. *l.* 33. §. 1. *de uſucap.* & ex contrario tituli perpetui qui ubi à vero Domino proficiſcuntur, dominium transferunt, à non Domino facta traditione præſtant uſucapiendi conditionem, veluti ſtipulatio & permutatio in quibus agitur præcisè de dominio transferendo *l.*

15. §. *ult. de uſucap. l. 2. in prin. pro emptor. junctis l. 25. §. 1. de contrah. empt. l. 1. §. 3. de rer. permut.* & emptio & venditio in qua etſi id agi non poſſit ut præcisè dominium transferatur juxta textum *in l. ult. de condit. cauſ. dat.* ſic intelligendum juxta interpretationem Azonis quam ſequuntur Cujacius *lib. 23. obſerv. cap.* 49. Donell. *lib.* 13. *comment. cap.* 1. ubi Oſſuald. *litt. G.* Conanus *lib.* 13. *cap.* 5. Marcus Lyclama *lib. 6. membranar. Eglog.* 6. & Reres *lib.* 2. *opuſ. ſect.* 1. *cap.* 2. *n.* 2. tamen nec licet paciſci ne dominium transferatur. *l.* 80. §. *ult. de contrah. empt.* ubi Cujac. *ad Pandect.* Donell. *dict. lib.* 17. *cap.* 1. & litis æſtimatio quæ emptioni ſimilis *l. ejus rei 46. de rei vindic. l. 7. §. 1. de public. l. ſi propter 22. rer. amot. l. 1. l. 2. §. ult. cum l. ſeq. pro emptore*, ut autem emptionis cauſa efficax ſit ad uſucapionem pure contractam, emptionem & venditionem oportet, àlioquin ſi ſub initiativa conditione fuerit celebrata, & ei res tradita ſit dum pendet conditio ex defectu tituli, uſucapio non procedit *l. 4. in prin. de in diem addit. l. 8. verſ. quod ſi de peric. & commod. rei vend. dict. l. 2. §. ſi ſub conditione 2. pro emptore.* Hinc facilè explicatur textus *in l. 2. pro dote* ubi ſi res æſtimara ante nuptias dotis cauſa tradita ſit ante ſecutas nuptias pro emptore uſucapi non poteſt, quippe cum æſtimatio rei dotalis regulariter faciat emptionem ſub conditione ſi matrimonium fuerit ſecutum *l. 10. §. ſi ante 4. cum ſeq. de jur. dot.* ante exiſtentiam conditionis id eſt ante ſecutum matrimonium defecit titulus pro emptore, explicant Cujac. *ad pandect. & lib.* 54. Paul. *ad edict. in dict. l. 2. pro dote.* Petrus Barboſ. *in rubri. Dig. ſolut. matrim.* §. 4. *n.* 17. & Bart. Cheſius *lib.* 2. *interpret. cap.* 26.

2 Sed obſtat quod traditio rei ſub conditione debitæ facta dum pendet conditio efficax eſt ad tranſlationem dominii *l. 16. de ſolut.* ergo & habilis eſſe debet ad uſucapionem ex regula textus *in dict. l. 13. de public.* Cui difficultati ut reſpondeat Cheſ. *dict. cap. 16. n. ult.* aſſerit proprium eſſe emptionis & venditionis ut ex ejus cauſa ſive pure, ſive ſub conditione fuerit contracta etiam ſecuta traditione non aliter dominium in emptorem transferatur, quam ſi venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit *l. 19. l. ut 53. de contrah. empt. §. 41. Inſtit. de rer. diviſ.* & ea ratione, & ſi res vendita pendente conditione tradatur, cum pretium ſolutum dici non poſſit, nondum perfecto contractu uſucapionem ceſſare. Hæc tamen Cheſii ſolutio ſolum probat rem venditam pendente conditione traditam uſucapi non poſſe titulo pro emptore, qui tum demum præſtat uſucapiendi conditionem, cum pretii ſolutio intervenerit, ut ex eo evidenter probatur, quod ille titulus uſucapionem parit, ut nuper dicebam, qui ſi à vero Domino proveniret, dominii tranſlationem induceret, ſed emptionis cauſa, & ſi à Domino ortum habeat ante ſolutum pretium dominium non transfert, ergo nec aliter efficax eſt ad uſucapionem, quam ſi pretium ſolutum jam ſit, obſervant Cujacius *ad Pandect. in l. 2. §. 1. de contrah. empt.* Oſſuald. *ad Donell. lib. 4. comment. cap. 16. litt. D.* Verum huic doctrinæ opponitur, difficilis textus *in l. de pretio 8. de public. in rem actione* ubi in exercenda actione publiciana, quæ ei ſolum competit qui uſucapere poteſt, non eſt quærendum an prætium ab emptore ſolutum ſit Gaius reſpondet, quia de prætio ſoluto nihil edicti verbis exponitur, ergo contractus emptionis & venditionis etiam nondum ſoluto pretio præſtat uſucapiendi conditionem, ſed quamvis Antonius Faber in rationali ad *dict. l.* 8. & noſter D. Nicolaus de Caſtro *ad prin. Inſtit. de empt. & vendit. n.* 21. Ejus textus autoritate compulſi ex cauſa emptionis & venditionis etiam ante ſolutum pretium uſucapionem contingere, & publicianam competere ſentiant, adhuc à ſuperiori Cujacii, Oſſualdi & Cheſii ſententia tanquam longè veriori, non puto recedendum, quam non offendit textus *in dict. l.* 8. cui reſponderi poſſe exiſtimo, ideo ibi aſſerere Conſultum in exercenda actione publiciana, exquiri non oportere an pretium ſolutum ſit, quia ſufficit emptionem oſtendere fidem ſibi de pretio habitam eſſe, ut poſſit uſucapere & publicianam exercere, ſicuti & per traditionem rei venditæ factam à Domino habita fide de pretio dominium in emptorem transferretur *dict. l. 19. de contrah. empt.* textus ſic intelligendus *in l. ejus. 12. C. de rei vindic. dict. §. 41. inſtit. de rer. diviſ.* Non autem probat ſuperior Cheſii ſolutio (ut ad viam jam redeamus) rem venditam pendente conditione traditam uſucapi non poſſe titulo ſpeciali pro ſuo qui naſcitur ex voluntate venditoris, rem tradentis, quam ratam haberi oportet *ex regula textus in §. per traditionem 40. inſtit. de rer. diviſ.* exemplo rei inæſtimatæ ab ſponſa ſponſo dotis nomine traditæ, quæ licet antè nuptias uſucapi non poſſit titulo pro dote, qui nullus eſt antè matrimonium, uſucapitur tamen titulo pro ſuo, qui provenit ex ſponſæ voluntate *l. 1. §. & primum 2. pro dote.* Quare dicendum potius eſt quod etſi regulariter præſens traditio rei debitæ ſub conditione dominium transferat *dict. l. 16. de ſolut.* ſi tamen ea fuerit tradentis voluntas, ut non antè dominium transferatur, quam conditio obligationis extiterit, rata habetur *l. 5. §. 5. de donationibus l. qui 38. §. 1. de acquir. poſſeſſ. dict. l. 1. §. 2. pro dote* junctis quæ tradunt Briſſonius *de ſolutionibus tit. de acceptil.* & Petrus Faber *lib. 2. ſemeſt. cap.* 22. ac proinde hujuſmodi traditio inefficax ad uſucapionem, & in his terminis neceſſario accipiendos exiſtimo ſupra expenſos textus, quatenus docent rem venditam pendente conditione traditam abſolutè nec pro emptore, nec pro ſuo uſucapi poſſe.

Hæc de emptione & venditione ſub initiativa 3
conditione contracta rectè dicuntur, ac ſi emptionis contractus ſub reſolutiva conditione celebratus fuerit, ut potè purè geſtus ſtatim utilis eſt ad uſucapionem, ſicuti efficax eſſet ad dominii translationem ſi à vero Domino fuiſſet profectus, undè ſi quæratur utrum ex emptione contracta ſub pacto in diem adjectionis; aut ſub lege commiſſoria ſecuta traditione confeſtim procedat uſucapio? Quæſtionis reſolutio ex eo pendet an ſcilicet pura, an conditionalis ſit hujuſmodi venditio? ſuper quod celebrem altercationem quæ exiſtit inter Proculum & Sabinum diſtinctionis fœdere ſedavit Ulpianus *in l.* 2. de in diem adject. dum docet ad dignoſcendam prædictæ venditionis naturam multum intereſſe quid inter contrahentes actum ſit, ita ſi conventionis formula perfectionem contractus in caſum non allatæ ab extraneo melioris conditionis, aut pretii ab emptore intra præfixum diem ſoluti ſuſpendat, conditionalis omnino ſit venditio, & nec perfecta dici poſſit antè exiſtentiam conditionis ex vulgari regula tex-

Digitized by Google

tus *in l. 7. de contrah. empt.* nec intetim præſtet uſucapiendi conditionem *dict. l. 4. in prin. de in diem addict.* Sin autem ea fuerit contrahentium conventio, ut illico contractus perficiatur, & ejus duntaxat reſolutio in caſum allatæ à tertio melioris conditionis aut pretii intrà deſignatum diem ab emptore non ſoluti differatur, procul dubio pura erit venditio reſolvenda ſub conditione, & ſicuti ſi à vero Domino proveniret media traditione rei venditæ dominium ſtatim in emptorem transferret *l. 41. de rei vind. dict. l. 2. dict. l. 4. §. ſed & Marcellus 3. de in diem addict. l. 1. de leg. commis. l. 3. & 4. de pact. inter empt. & vendit.* (quibus non obſtat textus *in l. 38. §. ult. ad leg. falcid.* pro cujus expoſitione videndi Goveanus in dict. text. & Anton. Fab. *in ration. ad dict. l. 41. de rei vindic.* circa medium & *ad dict. l. 4. §. 3. de in diem addict.* circa finem) ſic à non Domino facta probat uſucapiendi conditionem dict. *l. 2. §. 1. de in diem addict. l. 2. §. 3. cum ſeq. pro empt.* undè facilè intelligitur textus *in §. ſed illa 5. ejus legis ſecundæ pro empt. junctis l. 3. de contrab. empt. l. 4. C. de adilit. edicto* conducunt quæ latè circa hujuſmodi pacta reſolutiva diſputavi in methodicis commentariis *ad tit. Dig. de in diem addict. & de leg. commiſ.*

4 Sed dicet aliquis, quamvis ex emptione contracta ſub pacto in diem addictionis, illico procedat uſucapio, tamen ex emptione ſub lege commiſſoria celebrata non ſtatim uſucapiendi poteſtas poteſt emptori competere, lex quippè commiſſoria ita concipitur, ut ſi intra certum diem precium ſolutum non fuerit, res inempta ſit dict. *l. 1. de leg. commiſ.* antè ſolutum autem pretium, nec dominium nec uſucapiendi facultatem emptor acquitit *ut n. 2.* fundavi, & id docere videtur Paulus in difficili & ignoto ad rem textu in l. 38. de minoribus ubi aſſerit ob pretium ſua die non ſolutum à pupilla quæ patri, qui fundum emerat ſub lege commiſſoria hæres extitit emptionem reſolvi, nec ullum exigit Prætoris decretum: ergo ſupponit ex defectu ſolutionis pretii nondum ex emptionis cauſa dominium in emptorem fuiſſe tranſlatum; paret conſequentia nam alioquin ſemel acquiſitum dominium fundi adhuc reſoluto contractu ſine decreto Prætoris amittere pupilla non potuiſſet, cum expeditum ſit minoris exoratione Severi fundi dominium tametſi reſolubile amittere ſine decreto Prætoris non poſſe *l. 1. l. 5. §. fundum 8. de reb. eor. qui ſub. tut. vel cur. ſunt.* ergo titulus emptionis ſub commiſſoria lege contractæ, quemadmodum non parit tranſlationem dominii, ſic nec præſtabit uſucapiendi conditionem. Huic difficultati reſpondeo eum qui rem vendit ſub lege commiſſoria, emptoris fidem ſequi, ſi diem ſtatuat intra quem pretium ſolvat *argum. text. in l. 5. C. de re jud.* & ſic ex ea venditione efficacem titulum ad uſucapionem oriri juxta quæ dixi *n. 2.* Nec contrarium ſuadet textus *in dict. l. 38.* in cujus ſerie ideò pupilla ob non ſolutum ſua die pretium abſque Prætoris decreto fundi dominium amittit, quia reſolutio legis commiſſoriæ poteſtate ipſo jure contingit abſque ullo facto pupillæ ſupra quod cadere decretum poſſit ut probare videtur textus *in l. 35. de minorib.* junctis quæ docet Arias de Meſa *lib. 3. var. reſol. cap. 25. per tot.* & D. Olea *de ceſſione jur. & act. tit. 2. quæſt. 2. per tot.* Vel etiam dici poteſt quod quamvis pupilla dominium fundi à ſe empti ſub lege commiſſoria amitiere non poſſit ſinè decreto Prætoris, quod omnmò negandum eſt, dominium tamen fundi, quem ejus pater emerat *in dict. l. 38.* amitiere poteſt abſque decteto, quod non requiritur, ubi dominium recedit à minore ex partis voluntate vel facto *dict. l. 1. §. 2. in fine dict. l. 5. §. ſed cum ſeqq. de reb. eor. l. 1. C. quando decret. opus non eſt* Anton. Fab. *in juriſprud. Papin tit. 13. de tutel. prin. 8. illat. 60.* ergo ex *dict. l. 38.* potius evincitur ex emptione ſub lege commiſſoria celebrata dominium aut uſucapiendi facultatem in emptorem ſtatim transferri.

Præſtat etiam tranſactio juſtum titulum ad uſucapiendum *l. 8. §. hoc tit.* cujus rei ratio 5 ut dignoſcatur ſcire oportet, quod licet anxiè controvertant interpretes an tranſactio ſit contractus nominatus aut innominatus an pactum, ubi conſtat ex his quæ diſputant Coras *lib. 1. miſcell. cap. 23. per tot.* & pluribus relatis Oroz. *lib. 3. de apicib jur. civ. cap. 12. per tot.* Valeron. *de tranſact. tit. 10. quæſt. 3. per tot.* mihi jam pridem placuit recepta in noſtra ſchola ſententia quam ex aliis ſequuntur Caſtro *ad prin. inſtit. de empt. & vendit. n. 135.* & Retes *lib. 2. opuſc. ſect. 1. cap. 5. n. ult.* & *in adverſar. de inoffic. teſtam cap. 22. n. 5. cum ſeqq.* aſſerentes tranſactionem ex propriis terminis nec eſſe contractum, nec ſpeciale aliquod pactum, ſed ſolum cauſam paciſcendi aut contrahendi; ejus quippe eſſentia in eo dumtaxat conſiſtit quod ſit incertæ ſeu dubiæ litis præſeotis vel futuræ non gratuita miſſio *l. 1. de tranſact.* quæ poteſt celebrari vel per ſtipulationem, & tuuc parit actionem ex ſtipulatu ut fidei conventionis ſtetur vel per contractum innominatum veluti do ut facias ideſt do ut à lite diſcedas & tunc producit actionem præſcriptis verbis *l. 6. l. 33. §. de tranſact.* quo ſenſu tranſactio contractus dicitur, ideſt cauſa contractus *in l. 5. §. eod tit. l. ſi donationis 7. §. de his quæ vi l. contractus 17. de fide inſtrum.* vel denique per pactum & tunc exemptionem duntaxat inducit *l. 28. de tranſact.* & in hoc ſenſu tranſactionis pactum appellatur in *l. ſi inſtituta 27. in prin. de inoff. teſtam. l. 2. de tranſact. cum ſimilibus* quibus breviter animadverſis quomodocumque celebretur tranſactio ſecuta traditione præſtat juſtam cauſam ad uſucapionem *l. 29. verſ. ſi non ex tranſact. de uſucap.* ſicuti & indiſtinctè pareret dominii tranſlationem, ſi à vero domino proveniret l. 30. §. *latinus 1. de except. rei judic.* ſivè enim per ſtipulationem fiat, conſtat ſtipulationem inducere tranſlationem dominii, aut uſucapiendi conditionem, ſive per contractum innominatum certum eſt ex cauſa innominati contractus dominium transferri *dict. l. ult. de condict. cauſ. dat. l. 1. de rer. permut.* Donell. *dict. lib. 13. comment. cap. 1.* & ſic non dato dominio uſucapiendi facultatem, ſivè per pactum celebretur, non mious conſtat quod transfert uſucapiendi conditionem, aut enim pactum in traditione fuit appoſitum & producit efficacem obligationem *l. 45. l. 48. de pactis*, aut manſit in terminis nudæ conventionis, & tunc quamvis naturalem ſolum pariat obligationem *l. juris 7. §. 4. verſ. igitur de pactis.* traditio tamen à domino facta tollendæ naturalis obligationis efficax eſt ad tranſlationem

Dominii l. 21. *ad leg. falcid. cum vulgat.* ac per conſequens à non domino facta præſtabit ſaltem uſucapiendi facultatem *ex regula text. in dict. l. 13. de public. & in dict. l. 74. de contrah. empt.*

6 Sin autem non per traditionem, ſed per dimiſſionem rei controverſæ penes poſſeſſorem aliquo accepto fuit celebrata tranſactio non eleganter quæritur an juſtam cauſam præbeat ad uſucapiendum, in qua re omiſſo Cujacio in recitatione ad noſtrum titulum contrariæ interpretum opiniones ſubſequentis diſtinctionis fœdere ſunt explicandæ, & inter ſe conciliandæ, aut tranſactio ſit ſolum ſuper litis inſtantia, ideſt litem tantum non etiam rem religioſam reſpicit, & tunc non præſtat titulum ad uſucapionem, quia eo ſolum tendit, ut controverſiæ finem imponat, non autem ut dominium transferat & rem controverſam dimittit, qualiter ſe habebat penes poſſeſſorem, quin novum titulum adjiciat, textus ſic intelligendi *in l. 27. §. 1. de liberal. cauſ. dict. l. 28. §. de tranſact. l. 7. §. de ingen. manum.* ut tranſactio quæ fit per dimiſſionem non ſolum litis inſtantiam, ſed & rem ipſam controverſam reſpicit, & tunc juſtam cauſam parit ad uſucapiendum, acceptio enim pecuniæ pro dimiſſione rei controverſæ ferè litis æſtimationem inducit, ut probat textus *in l. 46. de rei vendic.* ubi non alia ratione per litis æſtimationem dominium transferri aſſerit Paulus, niſi quia actor tranſegiſſe videtur cum poſſeſſore, eo pretio quod accepit; ſed litis æſtimatio efficax eſt titulus ad uſucapionem *dict. l. 2. §. ult. pro emptore*, ergo & tranſactio, quæ fit per dimiſſionem, dummodo rem ipſam litigioſam quæ dimittitur, reſpiciat juſtum titulum ad uſucapiendum producit, accedit quod dimiſſio rei penes poſſeſſorem ex juſta cauſa, qualis eſt tranſactio à domino facta etiam ſine traditione dominium transfert *l. 9. §. ult. de reb. cred. l. 9. §. interdum 5. de acquir. rer. dom. §. 44. inſtit. de rer. diviſ.* ac proinde à non domino proveniens efficax eſſe debet ad uſucapionem, docent plures teferentes Valeron *de tranſact. tit. 5. quæſt. 5. n. 22.* & Olea *de ceſſ. jur. & act. tit. 6. quæſt. 7. n. 17. cum duob. ſeqq. & n. ult.*

7 Pro donato etiam titulus ſicuti à vero domino proveniens operatur tranſlationem dominii l. 9. §. *ult. de donationib. cum aliis*, ſic à non Domino dimanans juſtus eſt ad uſucapionem *l. 7. §. ſed 3. de publ. l. 1. in prin. l. 2. l. penult. & ult. pro donato l. 1. de uſucap. pro donato.* Retes *de donat. cap. 2. n. 10. cum duob. ſeqq.* verum non levis occurrit difficultas ex eo quod donatio inter virum & uxorem ex cujus cauſa dominium transferri non poteſt *l. 1. & per tot. de donat. int. vir. & uxor.* ſi res aliena donata ſit, transfert uſucapiendi conditionem *l. 25. eod. tit. l. 3. pro donato*; ergo titulus donationis qui non ſufficit ad transferendum dominium juſtus eſt ad uſucapionem contra regulam textus *in dict. l. 13. de public.* Rurſus ſententia textus *in dict. l. 25. & in dict. l. 3.* ex eo videtur everti quod aut conjux donatatius ſcit rem alienam eſſe, & ex defectu bonæ fidei uſucapere non poteſt, aut exiſtimat rem donatam propriam conjugis donantis eſſe, & cum hoc ipſo debeat exiſtimare inutilem eſſe donationem, nihilo magis poterit uſucapere *arg. l. 32. §. 1. de uſucap.* ubi qui id poſſidet exiſtimans ſibi per leges uſucapere non licere, uſucapere non poteſt, Quinimo aſſumptum non obſcurè probare videtur Paulus *in l. 24. de donat. int.* ubi ſi inter extraneos donatio facta ſit, qui poſteà intra matrimonium coïerint, vel inter virum & uxorem, & poſtea fuerit per divortium confirmata utroque caſu ſentit uſucapionem procedere, quia in primo ſine vitio tradita eſt poſſeſſio, in ſecundo quod fuerat vitium ratione conſtantis matrimonii, eo per divortium ſoluto amotum eſt, ergo ex mente Pauli res conjugi donata dum conſtat matrimonium propter vitioſam poſſeſſionem non uſucapitur, ſed omiſſo Antonio Fabro qui *lib. 7. conject. cap. 13.* exiſtimavit in eo quem diſputamus caſu ceſſare regulam textus *in dict. l. 13. de public.* Reſpondeo quod ex donatione facta inter virum & uxorem non transfertur dominium ex defectu tituli, ſed ratione prohibitionis quæ erat in donatione rei alienæ, quæ donantem conjugem in ſuis rebus pauperiorem non reddit *dict. l. 25. de donat. int.* & donatario affert uſucapiendi facultatem, unde adhuc verificatur regula textus *in dict. l. 13.* titulus enim donationis inter virum & uxorem niſi ad eſſet interdictio ex ſe ſufficeret ad tranſlationem dominii, ergo interdictione ceſſante, habilis ad uſucapionem, ſicuti & dominiumtransfert pluribus caſibus, in quibus hæc juris prohibitio conquieſcit quos accuratè congerit Retes *lib. ſing. de donat. int. vir. & uxor. cap. 5. per tot.*

8 Nec buie doctrinæ diſertæ *ex dict. l. 25. de donat. int.* obſiſtit ſupra expenſa difficultas, pro cujus ſolutione dicendum eſt cum Retes *ubi nuper ipſo n. 5.* conjugem donatarium bonæ fidei poſſeſſorem eſſe, cum intelligat ſe ſciente & conſentiente domino poſſidere argumento textus *in l. 5. pro derelicto*, nec ex eo uſucapere non poſſe, quod inutilem eſſe donationem exiſtimet, quippe cum de tituli validitaie diſceptatur, veritas opinionis prævalere conſuevit *dict. l. 2. §. 2. verſ. contra & §. ſi à pupillo 15. pro empt. juncto Cheſſio lib. 2. interpret. cap. 27.* & in eo diſſimilem eſſe cauſam ejus qui id quod poſſidet, putat ſibi per leges uſucapere non licere, qui uſucapere non poteſt, vel quia ex mala fide poſſidet, vel quia in jure errat, ut dicitur *in dict. l. 32. §. 1. de uſucap.* & conjugis donatarii, qui ex contrario poteſt uſucapere, quia licèt inutilem eſſe donationem exiſtimet, non ideò ſe uſucapere non poſſe exiſtimat, nec enim cogitat de uſucapione, ſed de acquirendo dominio per mortem donantis; nec etiam obſtat textus *in dict. l. 24. de donat. int.* ubi potius concedet Paulus uſucapionem rei alienæ conjugi donatæ, ut conſtat tum ex eo quod donationem rei alienæ inter virum & uxorem ſimilem faciat donationi factæ inter extraneos, ex qua uſucapionem procedere nullus dubitat, tum ex eo quod utroque caſu procedere temporis ſuffragium affirmat, nec ſententiam mutat in finalibus textus verbis ibi: *altero quod fuerit vitium amotum ſit* quæ omiſſa expoſitione D. Retes *in cap. 10. n. 4.* meo judicio ſic explicanda ſunt: ubi res aliena conjugi donatur, & poſtea ſolutum eſt matrimonium, ideò ſine dubio procedit uſucapio, quia nec ullum vitium adfuit ab initio,

Digitized by Google

& ſi adfuiſſet, amotum jam eſſet, idem tamen contingit conſtante matrimonio ut ſubjicitur *in l. ſeq.* Hinc venit intelligendus textus *in l. 44. de donat. int.* quem parum ſubtiliter explicuit D. Retes *ad leg. Aſiniam & Plautiam n. 12. cum. ſeq.* poſtquam dixit Neratius quod uxor rem viri ſui ab extraneo bona fide ſibi donatam uſucapere poteſt, quia non ex mariti ſed extranei donatione eam accepit, quæritur an interrumpatur uſucapio, ſi ante legitimum tempus impletum maritus ſciverit rem ſuam eſſe, nec eam vindicare voluerit cum poſſet, & hoc ipſum mulier noverit? ratio dubitandi in eo eſt, quod maritus qui rem non vindicat cum poſſit, uxori donare intelligitur *l. 1. §. ult. in fin. pro donato.* donacio autem rei propriæ inter virum & uxorem uſucapionem non parit *dict. l. 1. §. ult.* ſed tamen reſponder non interrumpi uſucapionem, quæ non ex mariti ſed extranei donationo procedit, nec enim maritus donat, quamvis rem vindicare ſuperſedeat juxta ea quæ dicebam *n. 5.* & probat ſelectus ad rem textus *in l. 33. de mort. cauſ. donat.* nec quidquam facit textus *in dict. l. 5. §. ult.* ubi ideo inducitur donario quoties maritus divortio bona gratia facto rem donatam non vindicat, quia non extraneus ſed ipſe conſtante matrimonio donavit, qui dum rem non vindicat, confirmare donatimem intelligitur.

9 Pro dote præterea titulus juſtiſſimus eſt ad uſucapionem ut ſcribit Ulpianus *in l. 1. pro dote*, quo tamen non quæcumque res alienæ in dotem datæ uſucapiuntur, aut enim res æſtimatæ in dotem dantur aut inæſtimatæ, ſi æſtimatæ ſi quidem à Domino tranſeunt in perfectum & irrevocabile mariti dominium ex cauſa dotis tanquam remota, & ex cauſa emptionis, quæ per exiſtimationem conſtituitur tanquam proxima & immediata *dict. l. 1. §. 4. cum ſeq.* elegans textus *in l. 16. de jur. dot.* ſi verò à Domino ſimiliter uſucapiuntur à marito ex cauſa dotis tanquam proxima, textus ſic intelligendi *in l. 3. §. 1. de public. l. 2. pro doto*, ſin autem inæſtimatæ ſicuti à vero Domino traditæ ſolum ex cauſa dotis marito acquirerentur *l. 47. §. ult de pecul. l. 75. de jur. dot. l. Lucius 21. §. idem 4. ad municip. l. 9. C. de rei vindic.* junctis quæ docent Suarez de Mendoza *lib. 1. ad leg. Aquil. cap. 5. ſect. 3.* & Gonzales *ad textum in cap. cum contingat 28. de jurejur. ex n. 3.* ſic à non Domino traditæ ſolum ex cauſa dotis uſucapiuntur *dict. l. 3. §. 1. de publ. dict. l. 1. in prin. & §. 2. l. ult. pro dote l. un. de uſucap. pro dote*, ſed opponitur textus *in l. dotalem 13. §. dotale 2. de fundo dotal.* qui quatenus aſſerit dotale prædium ſic accipiendum cum marito dominium quæſitum eſt, ſatis videtur ſignificare prædium alienum in dotem datum non effici dotale, ac per conſequens uſucapionem contingere non poſſe ex titulo pro dote; ſolutio tamen ex ipſius textus littera facilè colligitur, ubi quod dixerat Ulpianus dotale prædium illud accipiendum eſſe cujus dominium marito acquiſitum eſt, ſic explicat ut intelligendum ſit in conceptu legis Juliæ, quæ cum dotalis alienationem prohibuit, ut mulieris patrimonio proſpiceret, ad alienum prædium in dotem datum pertinere non potuit, ut prævidit Cujacius *lib. 14. obſerv. cap. 4.* niſi à marito uſucaptum ſit, & ſic jam ei acquiſitum ut ſuadet textus *in dict. l. 13. §. 2.*

10 Nec quidquam intereſt an ſingulæ res in dotem datæ, an univerſæ ſint ut dicitur *in dict. l. 1. §. 1. pro dote*, etenim etſi mulier univerſa bona marito in dotem dederit (quod nulla lege prohibetur) *l. mulier 72. de jur. dot. l. nulla 4. C. eod.* Retes *lib. 1. opuſc. cap. 5. ex n. 6. & de donat. cap. 9. n. 4.* Ramos del Manzano *ad leg. Jul. & Pap. lib. 4. reliqu. 31.* etſi res aliquæ ſint alienæ non minus pro dote uſucapiuntur, quam ſi ſingulæ dotis nomine traditæ fuiſſent *dict. l. 1. §. 1.* Rurſus occ refert an res mobiles an immobiles io dotem datæ ſint, pro dote enim titulus efficax eſt, non minus ad immobilium quam ad mobilium uſucapionem, ut propter manifeſtam juris rationem evincit generalitas, de qua in nuper relatis juribus loquuntur Conſulti, dum indiſtinctè titulum pro dote juſtum eſſe ad uſucapionem tradunt, quod ideo animadverto quia magnus alioquin Cujacius *dict. lib. 14. obſerv. cap. 9. & in recitatione ad textum in dict. l. un. C. de uſucap. pro dote* contendit maritum res immobiles pro dote uſucapere non poſſe, quia lex Julia fundi dotalis alienationem prohibuit, ac per conſequens & uſucapionem *ex regula textus in l. 28. de verb. ſignif.* & probat diſertus textus *in l. 16. de fund. dot.* pro cujus intelligentia videndus Retes ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio *n. 28. cum duob. ſeqq.* & expendit textum *in dict. l. un. C. de uſucap. pro dote*, ubi dum ſignanter reſcribit Alexander maritum rem mobilem pro dote poſſe uſucapere, facile rei immobilis in dotem datæ denegat uſucapionem, ſed levia ſunt hæc fundamenta, tum quia legis Juliæ prohibitio ut *ſuperiori num.* diximus ex Cujacio ad fundum alienum non pertinuit *dict. l. 13. §. 2. de funde dotal.* tum etiam quia etſi lex Julia prohibuiſſet extraneo alieni fundi dotalis uſucapionem, quod dicendum non eſt, eam tamen prohibere non potuit marito, cum mulieris interſit maritum fundum uſucapere poſſe ut notum eſt & licet in id ſolum lata fuerit, ut mulieris indemnitati proſpiceret, abſurdum autem foret, legem in gratiam mulieris inventam in ejus præjudicium retorqueri juxta vulgar. textum *in l. 6. C. de legibus* Nec Cujacium juvat textus *in dict. l. un.* ubi ideo rei mobilis meminit Imperator, quia difficilior eſt ejus uſucapio, utpotè cum poſſit in vitium furtivitatis incidere, qua ratione requirit rem mobilem & ſine vitio dotis nomine traditam & acceptam eſſe, alioquin ſi ab ſciente muliere tradita fuiſſet ut in terminis textus *in l. 11. ſolut. matrim.* procul dubio furtiva redderetur & ſic inuſucapibilis *l. 7. C. hoc tit. cum ſimilibus*, unde ex *dict. l. un.* potius probatur maritum res immobiles facilius quam mobiles poſſe pro dote uſucapere.

Deinde & pro hærede, titulus quemadmodum efficax ad acquiſitiouem dominii *l. 23. de acquir. poſſeſſ.* ſic & ad uſucapionem *l. 71. §. 1. de furtis.* duplici autem ſenſu in jure dicitur quis pro hærede poſſidere poſſit, primo quando non eſt hæres ſed putat ſe hæredem eſſe *l. 11. de petit. hæred.* & tunc ex defectu tituli ceſſat uſucapio ut ſuo loco diſputavimus; ſecundo quoties revera eſt hæres, & rem aliquam alienam ut hæreditariam poſſidet, & tunc datur titulus pro hærede juſtus ad uſucapionem, non ſolum ejus rei quam defunctus cœperat uſucapere, quam hæres non ſolum auctoris ſui titulo, ſed & proprio pro hærede poteſt uſucapere *l. 3. §. 4. de acquir. poſſeſſ.* ſed etiam cujuſlibet rei alienæ in hæreditate 11

tate exiſtentis, modo à defuncto vitioſè poſſeſſa non ſit, vitioſa namque defuncti poſſeſſio ſic hæredi nocet, ut nec acceſſione poſſeſſionis uti, nec uſucapionem poſſit inchoare ut dixi *in præced. cap. n.* 13. Quapropter rem quam ex defectu bonæ fidei fructuarius uſucapere non potuit *l.* 10. *§. ult. de acquir. rer. dom.* *§.* 1. *verſ. fructuarius inſtit. per quas perſon. nob. acquir.* nec ejus hæres poteſt uſucapere *l.* 8. *C. de uſufructu* quod & dicitur de hærede ejus qui precariò rogavit *in l.* 11. *de diverſ. & tempor. præſcript.* & de ſucceſſore creditoris pignoratitii *in l.* 10. *C. de pignor. act.* & ex eadem ratione idem ſervatur in hæredibus conductoris depoſitarii aut commendatarii, ut indicant textus *in l.* 1. *C. commun. de uſucap. l.* 1. *C. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript. junctis l.* 60. *§.* 1. *locati l.* 33. *§.* 2. *l.* 36. *de uſucap.* quidquid contra juris rationem & expreſſum textum dicat Arnold. Vinn. *in §.* 2. *inſtit. de uſucap. n.* 5. & in his terminis vitioſæ poſſeſſionis ſeu malæ fidei defuncti omninò intelligendus eſt textus *in l.* 1. *& in l. ult. C. de uſucap. pro hærede* ex mente Cujacii *in recitat. ad eum tit.* rejecta ſententia Donelli *lib.* 5. *comment. cap.* 14. *& lib.* 19. *cap.* 12. quam inferius impugnabimus. Huic doctrinæ opponi ſolet textus *in l.* 36. *de admin. tut.* & qui tamen omiſſa explicatione Alexandri *in l.* 13. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ. n.* 22. quam ſequitur Retes *lib.* 2. *opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. Scævolæ publicè tractatarum in l.* 14. *§.* 1. *de diverſ. & temp. præſcript. n.* 7. & quæ facilè convincitur ex jam dictis *junct. l.* 32. *§* 1. *de uſucap.* ad rem noſtram non ſpectat, ſi rectè percipiatur cum Cujaciu *lib.* 33. *Pauli ad edict. in l.* 34 *§. ult. de contrah. empt.* & Anton. Fabro *in juriſprud. Papin. tit.* 13. *de tutel. prin.* 7. *illat.* 55.

12 Quod ſi defunctus rem aliquam bona fide & ſic ſine vitio poſſidebat, quam ex defectu tituli uſucapere non poterat, eam in hæreditate inventam hæres ex propria perſona poteſt uſucapere titulo pro hærede juxta textum *in l.* 3. *pro hærede*, quem ſic intelligunt Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 14. *& dict. l.* 19. *cap.* 12. Petrus Gregor. *lib.* 40. *ſintag. cap.* 12. & Anton. Faber *in rationali ad textum in l.* 7. *§. in hac* 12. *de public.* & idem procedit in re in hæreditate inventa, quæ à defuncto non poſſidebatur, & fortuitò inter ejus bona erat abſque illius ſcientia, quam hæres etiam poterit uſucapere pro hærede, dummodò utroque caſu habeat paſſivam teſtamenti factionem l. ult. pro hærede, alias ſi hæres eſſe non poſſit, nihil pro hærede poterit uſucapere, non tamen ex eo inferas quod qui habet paſſivam teſtamenti factionem, hoc ipſo poteſt pro hærede poſſidere, nam ſervus habet quidem teſtamenti factionem *l. filiusfamilias* 16. *qui teſtam. fac. poſſ.* ſed pro hærede nec ſibi, nec Domino poteſt poſſidere *l.* 4. *§.* 4. *de uſucap.* Cum pro hærede titulus poſt aditum hæreditatem incipiat, quo tempore, nec hæredis nomen ſervus retinet, ſed Dominus per eum efficitur hæres, perindè ac ſi ipſe fuiſſet inſtitutus *§. item* 3. *inſtit. per quas perſonas nob. acquir.* & pro hærede incipit poſſidere, & uſucapere, ut advertit Cujacius *ad pandect. in dict. §.* 4. quod & dicendum eſt de filiofamilias *ex regula text. in l.* 79. *de acquir. hæred.* niſi ex caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi cauſa hæreditatem acquirat, ut in terminis textus *in l.* 5. *l.* 13. *de caſtrenſ. pecul.* qui rem alienam in hæreditate repertam pro hærede poteſt uſucacapere, & probat textus *in dict. l.* 4. *§.* 1. *de uſucap.*

13 Hæc omnia in extraneis hæredibos ex certa juris ratione procedunt, an autem ſui hæredes poſſint pro hærede uſucapere? Anceps eſt inter interpretes quæſtio, negant præter omnes ferè antiquiores, Donell. *lib.* 5. *cap.* 14. Larreateg. *lib.* 4. *ſelect. cap.* 8. *n.* 6. & plures quos refert Oſſuald. *dict. cap.* 14. *litt. Q.* & Ayllon Laynez *ad Anton. Gomez. tom.* 1. *var. cap.* 3. *n.* 30. & affirmant alii quos refert & ſequitur Retes 2. *parte de uſucap. ſect.* 2. *n.* 18. in qua opinionum varietate ſentio quod ſui hæredes, ſicuti propriè hæredes non ſunt *l.* 11. *de lib. & poſthum.* ſic nec propriè pro hærede poſſunt uſucapere, ſed quemadmodum impropriè hæredes dicuntur *l.* 17. *§. ult. ad Trebell. l.* 30. *§. ſed etſi* 10. *de fideic. libert.* Valent. *lib.* 3. *illuſt. tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 2. *&* 3. Sic & impropriè pro hærede uſucapiunt, titulus quippè continuatis ſicuti ad acquiſitionem veri dominii prodeſt, ſic & ad uſucapionem rei alienæ in paternis bonis inventæ debet prodeſſe, in quam rem expreſſum judico textum, quem pro contraria ſententia vulgò expendunt adverſarii *in l.* 2. *§. ult. pro hærede* ubi ex ſententia Servii docet Julianus rem ſibi à patre donatam filium pro hærede uſucapere non poſſe; ratio ex eo procedit quod donatio ſivè rei propriæ ſivè alienæ inter patrem & filiumfamilias nulla eſt propter fictionem identitatis, & ſic etiam poſt obitum patris inefficax ad uſucapionem *l.* 1. *§.* 1. *pro donato*, niſi parens de quo ad ſupremum vitæ exitum in donandi voluntate perſeveraverit, Paulus *lib.* 5. *ſentent. lib.* 11. *de donat. §.* 3. *l.* 2. *Cod. Gregor. famil. erciſc.* vel propter hæredis ratihabitionem donatio fuerit confirmata l. 4. pro donato, textus ſic intelligendus *in l.* 4. *§.* 1. *pro ſuo*, extra hos autem caſus adhuc poſt mortem patris filii rem donatam, nec pro donato poteſt uſucapere, nec pro hærede eam non poſſit ſibi cauſam poſſeſſionis mutare, ut dixerat Julianus *in §.* 1. *Legis ſecundæ*, qui ex his infert *in dict. §. ult.* quod filius à patre hæres inſtitutus res hæreditarias à patre ſibi donatas pro parte cohæredum uſucapere non poteſt, ergo ſenſit quod pro ſua parte poteſt uſucapere, non quidem pro donato, cum ſupponat non fuiſſe confirmatam donationem, ſed pro hærede, undè facilè exponitur textus *in l.* 2. *C. de uſucap. pro hærede*, cujus verus ſenſus hic eſt quod quemadmodum filius hæres inſtitutus ex parte non poteſt uſucapere pro parte cohæredum, ſic ſuis hæredibus exiſtentibus, nemo extraneus qui hæres non eſt pro hærede poteſt uſucapere, docet Cujacius *ad pandect. in dict. l.* 2. *§. ult. pro hærede.*

14 Huic pro hærede titulo ſimilis eſt titulus pro legato qui ex teſtamento proficiſcitur & exigit paſſivam teſtamenti factionem legatarii *l.* 7. *pro legato*, & ſicut rei propriæ teſtatoris dominium transfert in legatarium, vel recta via ſi per vindicationem legatum datum ſit *l.* 80. *de legat.* 2. vel ex tempore traditionis ſi per damnationem relictum ſit *l.* 84. *§.* 4. *de legat.* 1. *cum ſimilibus*, ſic ſi res aliena legata ſit inducit uſucapiendi conditionem *l.* 1. *§. ult. de public.* dum tamen legatum jure relictum ſit *l.* 1. *cum duobus ſeqq. l. ult. pro legato* veluti ſi res aliena à ſciente teſtatore ſit legata juxta terminos textus

in §. *non ſolum* 4. *inſtit. de legat.* ſine vitio accepta à legatario, vel ſi ab ignorante teſtatore legata ſit conſanguineo vel uxori ut *in l.* 10. *in fine de auro & argento legat. l.* 10. *C. de legatis* ad quam juris partem ſingularis ſanè textus *in l.* 36. *de uſufruct. leg.* juncto *ibi* Cujac. *ad pandect.* vel denique ſi res propria legata & à teſtatore alienata ex ea cauſa quæ legatum non infirmet ut *in* §. 12. *inſtit. de legatis* tradita ſit legatario, & idem in his omnibus caſibus obtinet, ſin traditam poſſeſſionem ſine vitio ſcilicet ſciente & conſentiente, vel Prætoris autoritate legatarius ingrediatur *l.* 8. *pro legato* nec impedit uſucapionem quod Dominus rei legatæ adhuc ſuperſtes ſit, dummodò legatarius rem legatam teſtatoris fuiſſe exiſtimaverit *l.* 5. *cum ſeq. eod. tit.* ſed obſiſtere videtur textus *in l.* 1. *pro hærede* ubi aſſeritur neminem viventis rem pro hærede poſſe uſucapere, etſi eam mortui fuiſſe exiſtimaverit. Cujacius *in dict. l.* 1. diſcrimen agnoſcit inter titulum pro legato & titulum pro hærede, ex eo quod legata à ſuperſtite adhuc teſtatore præſtari poſſunt & ſolent *l.* 22. *de legat.* 2. l. 6. *de aur. & arg. leg. l.* 11. *C. de legatis* hæreditas autem vivo teſtatore acquiri non poteſt *l.* 1. *de hæred. vel act. vend. l.* 94. *de acquir. hæred.* fallitur tamen vir doctiſſimus, qui vel ex legati definitione ſcire debuit viventis non magis legatum quam hæreditatem eſſe poſſe, cum hæreditatis delibatio legatum dicatur in *l.* 116. *de legat.* 1. & ubi ab ipſo teſtatore res legata præſtatur, tranſit legatum in cauſam donationis ut tenet Oſſuald. *lib.* 8. *comment.* Donel. *cap.* 1. *Litt. H.* Melius itaque ex mente Donelli *dict. lib.* 5. *cap.* 15. dicendum eſt non minus hæredem quam legatarium rem viventis uſucapere poſſe, ſi eam mortui fuiſſe exiſtimaverit, nec id negari *in dict. l.* 1. cujus longè diſſimilis eſt ſententia ſcilicet quod qui falſo exiſtimat teſtatorem deceſſiſſe, nihil ex ejus adhuc viventis bonis pro hærede poteſt uſucapere, cum revera hæres non ſit, quam interpretationem mihi illa textus verba perſuadebant ibi: *etiamſi poſſeſſor mortui rem fuiſſe exiſtimaverit*, in quibus Conſultus non de hærede loquitur, ſed de poſſeſſore qui ſe hæredem eſſe falſo credebat, quem ex defectu tituli uſucapere non poſſe affirmat ex regula textus *in l.* 27. *de uſucap. legato* plurimum cohæret mortis cauſa donatio, quæ ſi eo animo fiat, ut ſtatim dominium transferatur, ſi quidem res propria donata ſit, parit confeſtim dominii tranſlationem *l.* 29. *l.* 30. *de mort. cauſ. donat.* ſi verò res ſit aliena, uſucapiendi conditionem *l.* 2. *de publ. l. Ariſto* 18. §. *item Ariſto* 2. *de donat. l. ſi alienam* 13. *l. qui alienam* 33. *de mort. cauſ. donat.* in quibus terminis mortis cauſa donationis intelligo textum *in l.* 2. *pro donato*, quamvis eum aliter explicuerit Retes *de donat. cap.* 2. *n.* 11. mortis etiam cauſa donatio quamvis omninò differat à legato, præſtat uſucapiendi facultatem *argum. textus in l.* 31. *l.* 38. *de mort. cauſa donat. juncta vulgari regula textus in dict. l.* 13. *de public.*

15 Rursùs pro bonorum poſſeſſore titulus efficax eſt non ſolùm ad præſcriptionem, expreſſus textus *in l.* 4. *C. in quibus cauſ. ceſſat long. temp. præſcrip.* ſed etiam ad uſucapionem ut probatur ex *rubrica dig. pro hærede vel pro poſſeſſore*, in qua titulus pro poſſeſſore accipi non poteſt de injuſto titulo pro poſſeſſore, qui nec recenſeri potuit inter titulos ex quibus contingit uſucapio ſed de juſto titulo pro bonorum poſſeſſore prout accipitur *in dict. l.* 4. id ipſum evincit diſertus textus *in l.* 2. §. 19. *verſ. hoc & in bonorum poſſeſſore pro emptore* & neceſſaria juris ratio expoſcit, etenim bonorum poſſeſſio rerum hæreditariarum dominium tribuit quamvis non quiritarium, prout falſo cenſet Oſſuald. *lib.* 7. *comment. cap.* 14. *litt. I.* ſaltem bonitarium *l.* 1. *de bonor. poſſeſſ.* difficilis textus *in l.* 25. §. *ſed quid ſi mandavit* 7. *verſ. aut quid de acquir. hæred.* quem ſic ſubtiliter intelligit noſter Suarez de Mendoza *lib.* 1. *ad leg. Aquil. cap.* 3. *ſect.* 2. *n.* 30. *cum tribus ſeqq.* & præter bonorum poſſeſſionem hæredis loco conſtituit *dict. l.* 11. *de hæred. petit. l.* 2. *de bon. poſſeſſ. l.* 13. *de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* ergo pro bonorum poſſeſſore titulus ad inſtar tituli pro hærede efficax eſt ad uſucapionem, ut communiter ſentiunt Interpretes à quibus immeritò receſſit Galvanus *de uſufructu cap.* 25. *n.* 9. qui inefficacibus ſeductus fundamentis, quorum pleriſque jam latenter de more ſatisfacimus, exiſtimat pro bonorum poſſeſſore titulum uſucapionem non parere, ex eo quod uſucapio utpotè modus acquirendi dominii directi, ex duntaxat cauſis contingit quæ ſufficerent ad directi dominii ſaltem bonitarii acquiſitionem *l.* 3. §. *genera* 21. *de acquir. poſſeſſ.* bonorum autem poſſeſſio non eſt modus acquirendi directi dominii adhuc bonitarii, cum ex Prætoris juriſdictione deſcendat qui dominium rigori juris inſiſtens quale eſt bonitarium, quod rigori juris naturalis inſiſtit tribuere non poteſt, ſed ſolum utile dominium, quod totum pendet ex æquitate cujus arbiter & diſpenſator dici ſolet, *l.* 1. *&* 2. *de poſſeſſ. hæred. petit.* idque ex eo conſtare ſubjungit, quod ſi olim bonorum poſſeſſor fieret Dominus bonitarius, hodiè poſt ſublatam à Juſtiniano quiritarii & bonitarii dominii differentiam pleniſſimum & legitimum dominium acquireret cum tamen contrarium doceat ipſe Juſtinianus *in* §. 1. *inſtit. de bon. poſſeſſ.* ex quibus concludit nullo jure pro bonorum poſſeſſore titulum ad uſucapionem proficere & *n. ult.* ex iiſdem rationibus idem de titulo pro fideicommiſſo aſſerere non dubitavit.

Quæ ſententia quoad titulum pro bonorum 16
poſſeſſore falſa eſt ut jam vidimus, nec magis vera quoad titulum pro fideicommiſſo quæ uſucapiendi facultatem præſtare liquet ex apertis conſultorum teſtimoniis *in l. cum ſponſus* 12. §. 1. *de public. l. Pomponius* 13. §. *ſed &* 10. *in fine de acquir. poſſeſſ.* & *in dict. l.* 2. §. 19. *pro emptore*, & ex eo neceſſario convincitur quod fideicommiſſum eſt modus acquirendi dominii non quidem quiritarii juxta textus ſic intelligendos *in l.* 3. *ſi uſufr. pet. l. ſi quis* 29. *de uſufr. legato* ſed bonitarii *l. ejus* 42. *de uſur. l. facta* 63. *ad Trebell.* docent Ant. Faber *lib.* 7. *conject. cap.* 4. & Suarez de Mendoza *dict. lib.* 1. *ad leg. Aquil. cap.* 5. *ſect.* 2. *ex n.* 14. ergo & habilis erit titulus ad uſucapionem. Nec tunc magnum negotium exhibent Galvani fundamenta, certius nunc eſt bonorum poſſeſſorem & fideicommiſſarium bonitarium dominium olim acquiſiiſſe non quidem ſola Prætoris autoritate, ſed accedente facto ſuo & mediante apprehenſione rerum hæreditariarum, & hodierno jure pleniſſimum dominium nanciſci, quamvis nec propriè hæredis dici poſſint, quæ doctrina ex eo confirmatur quod ædes ruinam minantes ex ſecundo decreto Prætoris poſſi-

dere juſſus bonitarium dominium acquirit, ut rectè ſenrit Faber *ubi ſuprà* immeritò reprehenſus ab Oſſualdo *lib. 15. comment. cap. 46. litt. L:* & ea ratione titulus miſſionis in poſſeſſionem ex ſecundo decreto utilis eſt ad uſucapionem, non ſolum cum ædes quæ poſſideri jubentur propriæ erant ejus qui per contumaciam de damno infecto non cavit, juxta ea quæ dixi *ſuperiori cap. n. 3.* ſed etiam ubi erant alienæ, & ab eo bona fide poſſidebantur, ut ſuadent textus *in l. qui bona fide 13. in prin. & in l. damni 18. §. non ſolum 15. de damno infecto* ut admittit Donell. *dict. lib. 15. cap. 46.* ſed adhuc Galvanus *dict. cap. 25. n. 10.* contendit eum qui ex ſecundo decreto Prætoris ex cauſa damni infecti poſſidere jubetur non bonitarium ſed utile dominium quærere, uſucapere tamen poſſe, quia non ante Prætor ad ſecundum decretum progreditur, quam titulus pro derelictu emerſerit, *l. 15. §. non autem 21. de damno infecto*, qui rei à vero Domino derelictæ in primum occupantem transfert *l. 1. l. 2. in prin. & §. t. l. 5. §. 1. pro derelicto . qua ratione 47. inſtit. de rer. diviſ.* & rei à non Domino derelictæ primo occupanti affert uſucapiendi conditionem *l. id quod 4. pro derelicto* eujuſmodi titulus in bonorum poſſeſſore & fideicommiſſario non invenitur, verius tamen eſt eum qui ex ſecundo decreto jubetur poſſidere bonitarium dominium conſtitui quamvis contrarium ſentiat Galvanus, cui ex jam dictis occurri facilè poteſt, & uſucapere non titulo pro derelicto, ſed ex ſecundo decreto, quod derelictionis prætextu cohoneſtare Prætor intendit ut ipſe oſtendit Galvanus vel invitus, ex cujus mente ſic textum *in dict. l. 15. §. 21. ſuper cap. t. n. 4.* explicuimus.

17 Noxæ etiam deditio juſtus eſt titulus ad uſucapionem *l. vel ex cauſa 5. de public. l. & generaliter 28. de noxalibus. act. dict. l. 3. §. 21. de acquir. poſſeſſ.* cum ſit modus acquirendi dominii *l. ſi hominem 69. de ſolutionib. §. domus 3. inſtit. de noxalib. act.* vel bonitarii duntaxat in cummuni ſententia quam adſtruere videntur textus *in l. 2. §. ult. ſi ex noxali cauſ. agat. l. electio 26. §. ult. de noxal.* vel bonitarii ſimul & quiritarii ut tenet Galvan. *dict. cap. 25. n. 11.* ex eo mutus quod noxæ deditio fiat quidem à Prætore, ſed tanquam à miniſtro legis decemviralis, quæ illam apud Romanos induxerat *l. 2. §. 1. de noxalibus l. plus 238. §. ult. juncta inſcriptione de verb. ſign. §. ſunt autem 4. inſtit. de noxal. act.* hæc enim inveſtigatio ad rem non pertinet, cum ſufficiat noxæ deditionem cauſam eſſe acquirendi dominii ſaltem bonitarii, quod negare nullus poterit, ut indè inferatur etiam uſucapiendi facultatem præſtare, ſi ſervus à non Domino noxæ deditus proponatur, & ex eadem juris ratione ductio ſervi qui noxam commiſit juſſu Præturis facta ubi ab eo in cujus eſt poteſtate non defenditur juxta terminos textus *in l. is qui 32. de noxalibus*, quia juſtus eſt modus acquirendi dominii *dict. l. 2. §. ult. ſi ex noxali cauſ. agat. dict. l. 26. §. ult. de noxal.* ſi forſan ſervus juſſu Prætoris ductus alienus ſit, parit uſucapiendi conditionem *l. item 6. de publ. dict. l. 28. in fin.*

18 Ulterius adjudicatio uni ex cohæredibus ſociis aut vicinis facta in tribus judicis diviſoriis familiæ erciſcundæ communi dividundu aut finium regundurum quæ ex lege duodecim tabularum modus eſt acquirendi dominii quiritarii ut docent Ulpianus *in fragment. tit. 19. de domin. §. adjudicatione 15.* & Juſtinianus *in §. ult. inſtit. de offic. jud.* ſi quidem res aliena fuerit adjudicata validus titulus ad uſucapionem *l. ſed etſi 7. in prin. de publ. l. ſi procuratorem 17. de uſucap.* ubi incidimus in celebrem illam quæſtionem utrum ſcilicet judicis ſententia ſit titulus ad uſucapionem, quæ ex eo pendet an ſit modus acquirendi dominii? Duaren. *in l. 11. de acquir. poſſeſſ.* & Salgado *de retent. bullar. 2. part. cap. 18. n. 12.* quos omnes ferè pragmatici ſequuntur, tenent ſententiam judicis quæ tranſivit in autoritatem rei judicatæ modum eſſe acquirendi dominii, ac proindè & juſtum titulum ad uſucapionem, tum quia res judicata jus facere, & pro veritate haberi dicitur *l. 25. de ſtat. hom. l. 207. de Reg. jur.* tum quia res judicata & tranſactio æquiparantur *in l. 20. C. de tranſact.* ubi non minorem autoritatem habere dicitur tranſactio quam res judicata, ſed tranſactio cauſam præſtat ad acquiſitionem dominii, & ad uſucapionem *ut n. 5. & 6.* diſputavi, ergo res judicata ad inſtar tranſactionis eſt modus acquirendi dominii & ad uſucapionem juſtus titulus. Afferunt etiam pro hac ſententia textum *in l. 3. §. idemque 3. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt* ubi ſi fundum proprium pupilli ab eo petitum, cum contra pupillum fuiſſet pronunciatum tutores reſtituerint, propter rei judicatæ autoritatem, alienationem valere Ulpianus reſpondet, ergo ſententia dominium transfert, cum alienatio nihil ſit aliud quam omnis actus per quem dominium transfertur. *l. alienatum 67. de verb. ſign. l. 1. C. de fund. dot.* tuentur & textu *in l. ſtatu liberò 29. §. 1. de ſtat. lib.* ubi aſſeritur quod ſtatu liber conditionis adimplendæ cauſa pecuniam hæredi dare juſſus poteſt implere conditionem in ejus perſona ſecundum quam ſententia de hæreditate dicta eſt, & redditur ratio, quia lex duodecim tabularum, quæ juſſit ſtatu liberum in perſuna emptoris poſſe conditionem adimplere, emptoris verbo omnem alienationem complexa videtur, nec intereſt quo genere quiſquam ſervi dominus fiat, & ideò is quoque ea lege continetur, ſecundum quem de hæreditate ſententia dicta eſt, ergo ſententia modus eſt acquirendi dominii expendunt & textum *in l. 3. in fine de publ.* ubi inter cauſas ex quibus competit publiciana & illa refertur, ſi res ex cauſa judicati ſit tradita, ergo res judicata juſtus eſt titulus ad uſucapionem; inducunt deindè difficiliorem textum *in l. Pomponius 13. §. ſi juſſu 9. de acquir. poſſeſſ.* ubi ſi res juſſu judicis fuerit reſtituta, acceſſionem poſſeſſionis quoad cauſam uſucapionis locum habere Ulpianus reſpondet, & ſic rem judicatam juſtum aſſe titulum ad uſucapionem ſupponit. Denique expreſſos pro ſua opinione cenſent textus *in dict. l. 7. de publ. & in dict. l. 17. de uſucap. junct. dict. §. ult. inſtit. de offic. jud.*

Ex contrario ſententiam judicis non eſſe mo- 19
dum acquirendi dominii, & ſic nec juſtum titulum ad uſucapionem tenent Cujac. *lib. 20. quæſt. Papin. in l. 3. de pignorib. & lib. 27. quæſt. ejuſd. in l. exceptio 28. de except. rei judic.* Donell. *in l. 2. C. de probat.* Anton. Faber. *de error. pragmat. decad. 98. err. 7. cum tribus ſeqq.* Schifordeget. *ad Anton. Fab. lib. 2. tract. 22. quæſt. 1.* Oſſuald. *ad Donell. lib. 20. comment. cap. 6. litt. D. & lib. 22. cap. 5. litt. A.* cujus

ſententiæ veritas dignoſcitur vel *ex dict. §. ult. inſtit. de offic. jud.* quo præcipuè nituntur adverſarii, ubi cum ſcribit Juſtinianus per adjucationem factam tribus judicis diviſoriis dominium transferri, ſatis indicat in aliis judiciis non idem obſervari, & rei judicatæ autoritatem non uſque adeò ſui valituram momento, ut ſit modus transferendi dominii, quin etiam nec quod adjudicatio dominium transferat rei judicatæ autoritas ſed legis Decemviralis efficit poteſtas ut docet Ulpianus *dict. tit.* 19. §. 15. quæ etiam in cauſa eſt ut adjudicatio ſit titulus juſtus ad uſucapionem *dict. l. 7. de public. dict. l. 17. de uſucap.* & graviter ſanè errant contrariæ opinionis autores dum adjudicationem factam in judiciis diviſoriis à qualibet alia judicis ſententia non diſcernunt. Rursùs rem judicatam ex ſe nunquam dominium transferre ſic à ſufficienti partium enumeratione probatur: aut ſententia fertur in actione reali, aut in perſonali, ſi in reali, ſi quidem rem actoris non eſſe pronunciatum ſit, non ideò eam poſſeſſoris eſſe pronunciatum intelligitur *l. ſi inter* 15. *de except. rei judic.* & ſi rem poſſeſſoris aut actoris eſſe fuerit pronunciatum, non magis dominium acquiritur, ſed ante acquiſitum declaratur *l. & ex diverſo* 35. §. 1. *de rei vind. l ſicut* 8. §. *& ſiquidem* 4. *ſi ſervit. vindic.* conducunt ab argumento textus *in l. qui uſumfructum* 36. *de uſufr.* juncto Oroz. *lib.* 1. *de apicibus cap.* 4. *n.* 10. *& in l. adeò* 7. §. *cum quis* 7. *verſ. videntur de acquir. rer. dom.* & ei qui per injuriam fortè judicis vicit, ſolum competit exceptio rei judicatæ adversùs victum aut eum, qui in ejus dominium ſucceſſerit *l.* 3. *in prin. &* §. 1. *de pignorib. l. ſi à te* 9. §. *ult. l. exceptio* 28. *l. judicatæ* 29. §. 1. *de except. rei judic.* ſin autem in actione perſonali lata ſit ſententia, ſi quidem in favorem rei, conſtat non ex eo, quod eum non debere judex pronunciaverit, ejus rei ſuper qua lis vertebatur, dominium ei acquiſitum eſſe, imò nec rem ejus eſſe per ſententiam declaratum intelligi; ſi in actoris ſavorem æquè apparet, quod licèt adverſarium dare facere oportere fuerit pronunciatum, non ideò ejus quod dari oportet dominium in actorem transfertur, ergo res judicata ex ſe nunquam eſt modus transferendi dominii.

20 Si tamen quæratur an res judicata traditione aut reſtitutione ex ejus cauſa ſecuta ſit modus transferendi dominii? Separandam forſitan exiſtimo ſententiam priùs latam in actione perſonali ab ea quæ fertur in actione reali, ita ut ſententia prolata in actione perſonali in favorem actoris ſecuta traditione, dominium transferat, quia per litis conteſtationem inducitur quaſi contractus *l.* 3. §. *idem ſcribit* 11. *de pecul.* & ſecuta condemnatione priſtina actio novatur in actionem perſonalem in factum judicati *l. aliam* 29. *de novat. l. actori* 8. *C. de reb. cred.* docet cum pluribus Valentia *lib.* 2. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 9. *per totum* per quam condemnatus dare aut ſolvere tenetur actori, quod in ſententia comprehenſum eſt *l.* 4. §. *ait Prætor* 3. *&* §. *ſolviſſe* 7. *de re judic.* ergo ſententia condemnatoria lata in actione perſonali, media traditione modus eſt acquirendi dominii, aut transferendæ uſucapiendi conditionis, nec in eo quod traditionem deſideret, diſtat ſententia à cæteris juſtis titulis ex quibus contingit uſucapio, nullus quippè titulus ante traditionem poteſt uſucapionem parere, adeò ut etiam hi tituli qui ipſo jure dominium transferunt ex legis poteſtate, veluti pro hærede aut adjudicato *dict. l.* 23. *de acquir. poſſeſſ. dict.* §. *inſtit. de offic. jud.* uſucapionem non patiant antè apprehenſam poſſeſſionem, utpotè ſine quâ uſucapio non procedit *l. ſine poſſeſſione* 25. *de uſucap.* & in his terminis nempè ſententiæ condemnatoriæ prolatæ in actione perſonali, quam ſubſequitur traditio, procul dubio intelligi debet textus *in l.* 3. *in fin. de public.* ſententia verò data in rei vindicatione & ſi ſit condemnatoria adhuc ſecuta reſtitutione; nec dominium, nec uſucapiendi facultatem præſtat, nec enim tendit ad transferendum dominium, ſed ſolum ad antè adquiſitam declarationem ut nuper dicebam, nec quidquam operatur reſtitutio, reus enim qui vindicationis judicio ſuperatus rem reſtituit, nec dominium nec uſucapiendi conditionem transferre cogitat, ſed exiſtimans rem actoris eſſe propter rei judicatæ autoritatem reſtituit, & ſic nec dominium, nec uſucapiendi facultatem poteſt transferre ex regula textus *in l.* 3. §. *ſubtilius* 8. *de condit. cauſ. dat.* ubi quoties Dominus rem tradit exiſtimans propriam eſſe ejus cui tradit, dominium remanet penes tradentem, cujus transferendi voluntas deficit. Convincitur hoc ipſum ex ignoto ad rem textu *in l. cum ſolus* 29. *de uſucap.* ubi qui ex aſſe hæres erat, exiſtimans alium cohæredem habere, res hæreditarias pro virili portione tradidit, & aſſerit Pomponius ex hujuſmodi traditione non oriri uſucapiendi conditionem; rationem conſeisè ſed eleganter præſtitit Cujac. *ad pandect. in dict. l.* 29. quia hæres qui res hæreditarias tradidit, eas cohæredis putativi eſſe exiſtimavit, & ſic hæc traditio tanquam inutilis ad translationem Dominii *ex dict. l.* 3. §. 8. inefficax etiam eſt ad uſucapionem ex regula textus *in dict. l.* 1. §. 2. *pro dote* nec tunc obſtat textus *in l. cum putarem* 36. *in fin. famil. ercisc.* pro cujus explicatione videndus Larreateg. *lib.* 4. *ſelect. cap.* 3. *n.* 7. Denique in actionibus realibus in judicium deductis novatio non datur *l. ſi fundus* 16. §. *creditor* 5. *de pignorib.* cum non competant ex vi alicujus obligationis præcedentis, quæ poſſit novari, ſed ratione dominii, aut alterius juris in re, Valent. *dict. lib.* 2. *tract.* 2. *cap.* 9. *n. ult.* & condemnatione ſecuta ſola ſupereſt rei vindicatio ad reſtitutionem, quæ parere uſucapionem non poteſt, nec ulla naſcitur actio judicati quæ poſſit juſtam cauſam ad uſucapiendum præſtare.

21 Nec refragantur rationes & autoritates ſupra expenſæ *n.* 18. quod enim dicitur rem judicatam jus facere & pro veritate haberi *dict. l.* 15. *de ſtat. hom. dict. l.* 207. *de Reg. jur.* non eo pertinet ut dominium aut uſucapiendi facultatem præbeat, ſed eſt intelligendum ex dictis n. 19. ſi quis tamen veram eorum jurium intelligentiam aſſequi amet, ut conſulat oportet Ramoſ. *lib.* 1. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 21. *ex n.* 4. æquiparatio autem rei judicatæ & tranſactionis *dict. l.* 20. *C. de tranſact.* locum habet in ſpecie de qua loquitur prædictus textus, ut ſcilicet lis per tranſactionem finita inſtaurari non poſſit, tranſactio namque ad inſtar rei judicatæ, controverſiæ finem imponit *l. fratris* 10. *C. de tranſact. cum vulg.* non in rtanſlatione dominii, aut uſucapiendi conditionis niſi de ſententia condemnatoria lata in actione perſonali loquamur ex jam adductis rationibus. Nec pro contraria ſententia facit textus

in dict. l. 3. §. 3. *de reb. eor.* quem anteceſſor quidam & magiſter meus peritiſſimus non rectè accipiebat de traditione facta ex cauſa ſententiæ prolatæ in actione perſonali, non animadvertens Ulpianum de fundo petito diſputare, & in jure noſtro petitionis nomine rei vindicationem ſignificari ex regula Papiniani in *l. actio* 28. *de oblig. & act.* dicendum itaque eſt cum Antonio Fabro *decade* 98. *err.* 9. reſtitutionem factam juſſu judicis, qui condemnatoriam ſententiam protulerat in vindicationis judicio eſſe quidem alienationem ſed non tranſlationem Dominii aut uſucapiendi conditionis, licet enim omnis conditionis tranſlatio ſit alienatio *dict. l.* 67. *de verb. ſignif. dict. l.* 1. *C. de fund. dot.* non tamen omnis alienatio tranſlatio dominii eſt *l. ult. C. de rebus alien. non alien.* ſic & in præſenti reſtitutio quamvis Dominium non transferat pro alienatione accipitur, quia dominium remanet quidem penes reſtituentem ſed inutile & ſine effectu, cum propter poſſeſſionis jacturam nulla ei ſpes ſuperſit rei recuperandæ, & nulla efficax in eam rem actio competat. Nec magis obſiſtit textus *in dict. l.* 29. §. 1. *de ſtat. liber.* cujus ſpecie ſuppoſita cum Valent. *dict. lib.* 2. *tractat.* 2. *cap.* 10. *ex n.* 7. reſpondendum eſt reſtitutionem rerum hæreditariarum factam ratione ſententiæ alienationem dici eo ſenſu quo textum *in dict. l.* 3. §. 3. explicuimus, & quod ibi innuitur, cum ſecundum quem de hæreditate ſententia dicta eſt dominum fieri rerum hæreditariarum ita accipiendum eſſe non ut dominus fiat ratione ſententiæ, ſed ut dominus declaretur ex regula textus *in dict. l.* 35. §. 1. *de rei vindic.* Nec urget textus *in dict. l.* 13. §. 9. *de acquir. poſſeſſ.* qui ex mente Fabri *dict. decad.* 98. *error.* 7. eſt intelligendus de reſtitutione juſſu judicis facta ex cauſa actionis publicianæ, quo caſu datur quidem acceſſio poſſeſſionis & in neceſſarium antecedens uſucapio procedit *l.* 15. §. *ſi quis* 2. *de uſucapion.* ſed id non provenit ex vi ſententiæ nec magis ex ratione reſtitutionis, ſed potius ex vi veteris tituli ex quo jam cœperat uſucapio antè motam publicianam, quæ ei competit, qui antè impleram uſucapionem poſſeſſionem amiſit; quæ ſolutio mirificè juvatur ex textu *in l.* 7. §. *qui bona fide* 4. *verſ. idem juris pro empt.* quem ad aliam rem expoſui *præced. cap. n.* 7. Colligitur ex eo per argumentum à contrario ſenſu, quod qui de fundo dejectus poſſeſſionem per interdictum recuperavit, ſi recuperatæ poſſeſſionis tempore bonam fidem habeat, poteſt uſucapere, cum tamen uſucapio contingere non poſſit ex reſtitutione facta per interdictum unde vi ut potè inutile ad tranſlationem dominii *l.* 1. §. *qui* 31. *de vi & vi arm.* ſed potius procedat ex veteri titulo quo fundus antè violentam detentionem poſſidebatur, ſic ergo pariter *in dict. l.* 13. §. 9. uſucapio nec ex ſententia, nec ex reſtitutione, ſed ex anteriori titulo quo res antè motam publicianam poſſidebatur contingit; Tandem ne quid diſſimulemus opponere poſſent adverſarii textum *in l. non ſolum* 33. §. *ſi mihi* 3. *de uſucap.* ubi Julianus ceſſionem poſſeſſionis factam ei, qui fundum petere ſeu vindicare volebat, juſtam cauſam uſucapionis præſtare, tunc ſic. en ubi ſola ceſſio poſſeſſionis facta propter metum futuræ vindicationis juſtus eſt titulus ad uſucapionem, ergo fortiori ratione reſtitutio facta ex cauſa ſententiæ condemnatoriæ prolatæ in judiciu vindicationis juſtam cauſam ad uſucapiendum, ſed facilè reſpondetur ex mente Cujacii *ad pandect. lib.* 44. *Dig. julian.* in eo textu, quod titulus ceſſionis in jure, qui à vetere domino proveniens juſtus & legitimus eſt ad tranſlationem dominii, Ulpianus *in fragm. dict. tit.* 19. §. *in jure ceſſio* 8. à non domino dimanantem transfert uſucapiendi conditionem. Nec obſtat quod *in dict.* §. 3. poſſeſſionis duntaxat ceſſio facta proponitur, nam præterquam quod poſſeſſionis appellatione aliquando ipſe fundus denotatur *l. Imperatoris* 17. *de ſervit. ruſtic. cum ſimilibus* cui obſervant Briſſon. verbo *poſſeſſio* & noſter Pichard. *in* §. *Itaque diſcretis* 14. *inſtit. de actionib. n.* 89. non dominus qualis proponitur *in dict.* §. 3. non dominium, ſed poſſeſſionem cedere & transferre dici poteſt *l. item* 4. §. *Pedius* 2. *de alien. jud. mut. cauſ. fact.* juncto Fabro *in ejus rationali.*

Pro ſoluto quoque titulus ſivè generalis ſivè 22
ſpecialis habilis eſt ad uſucapionem; generalis ille dicitur, qui cum cæteris titulis concurrit, ut ecce ſi res debita ex ſtipulatione aut teſtamento ſit ſoluta, vel ſi aliud pro alio conſentienti creditori aut legatario ſolutum ſit, quo caſu principaliter uſucapionis titulus eſt ſtipulatio aut legatum, utpotè qui dat cauſam ſolutioni, minus autem principalis eſt titulus pro ſoluto juxta textus ſic intelligendos *in dict. l.* 33. §. 3. *verſ. ſed & in l. pro ſoluto* 46. *de uſucap.* ſpecialis autem titulus pro ſoluto ille eſt, qui provenit ex ſolutione per errorem facta ex cauſa putativæ obligatioois quæ verè non præceſſit, ſolutio etenim per errorem facta ſicuti dominiom transfert *l.* 1. *l. in ſumma* 65. §. *penult. & ferè per tot. tit. de condit. indeb.* ſic res aliena ſi ſoluta fuerit, tribuit uſucapiendi conditionem, quæ non provenit ex vi tituli putativi, quem ad uſucapiendum non ſufficere conſtat ex *l. Celſus* 27. *de uſucap.* ſed ſolum ex ipſa ſolutione producente ſpecialem titulum pro ſoluto *l. indebiti* 15. §. 1. *de condict. l. ſi exiſtimans* 48. *de uſucap. l.* 2. *in prin. pro empt. l. hominem* 3. *pro ſuo* undè facilè convincitur Retes qoi *dict.* 1. *part. de uſucap. ſect.* 2. *n.* 17. tenet non aliter pro ſoluto uſucapionem contingere, quam ſi ſolutio ex cauſa veræ alicujus obligationis facta fuit, quæ opinio admitti non poteſt, cum ex contrario veriſſimum ſit non aliter dari ſpecialem titulum pro ſoluto, quam ſi ex cauſa putativæ obligationis ſolutio interceſſerit, ut juris ratio & præjacti textus convincunt. Hinc veniunt intelligendi textus *in l. vel ſolvendi* 4. *l. vel ex cauſa* 5. *de public. in l.* 4. docet Paulus pro ſoluto titulum juſtum eſſe ad exercendam publicianam, & ſic ad uſucapionem *in l.* 5. docet idem de noxæ deditione Ulpianus ſcribit, ſivè vera ſit, ſivè falſa, quod non ita debet intelligi ut ſi cauſa noxæ deditionis ſit falſa, ex ea procedat uſucapio, & competat Publiciana, hoc enim manifeſtè repugnaret regulæ textus *in dict. l.* 27. *de uſucap.* ſed ita ut tunc ſolum detur ſpecialis titulus pro ſoluto, efficax tamen ad uſucapionem, & ad publicianam ut ſenſiſſe videtur Antnnius Faber in rationali ad textum *in dict. l.* 4. & 5. ad eandem juris partem ſpectat textus in *l. ſi ancillam* 4. §. *ult. pro ſuo* ubi traditio ſeu ſolutio perperam facta ab hærede ejus quod legatum non eſt transfert uſucapiendi conditionem, quæ ſolum dimanat ex ſpeciali titulo pro ſoluto. Nec aſſentior quibuſdam anteceſſoribus contendentibus in *dict.* §. *ult.* uſucapionem procedera

Digitized by Google

ex titulo pro ſuo ex cauſa juſti erroris producto; qui ex eo moventur, quod Conſultus aſſerit, ideò eum qui legatum perperam traditum accepit, uſucapere poſſe, quia pro ſuo poſſidet, hujuſmodi quippè ratio ſic explicanda eſt, ut uſucapio procedat ex titulo pro ſoluto, quia accipiens bonam fidem habuit dom legatum ſibi deberi exiſtimavit, & ſic pro ſuo poſſidet, pro ſuo enim poſſidere eſt pro domino poſſidere *l. filius familias* 114. §. 12. *de legat.* 1. *l. Titio* 48. *de ſolutionib.* ſicuti & pro alieno poſſidere eſt pro non domino poſſidere *l. pignori* 13. *in principio de uſucap.* quæ doctrina perſpicuè probatur *ex dict.* *l.* 3. *pro ſuo* ubi poſtquam dixit Pomponius ſolutionem factam per errorem ex cauſa putativæ ſtipulationis uſucapionem parere, rationem ſie reddit, *quia ipſa traditio ex cauſa quam veram eſſe exiſtimo ſufficit ad efficiendum ut quod mihi traditum eſt pro meo poſſideam*, fatetur itaque ſolutionem uſucapioni cauſam dare, ſed adjicit eum qui indebitum accepit bona fide pro ſuo, id eſt affectu & cogitatione dominium poſſidere.

23 Ab hac tamen regula ſubducitur traditio, ſeu ſolutio facta ex cauſa exiſtimata emptionis, quæ uſucapiendi conditionem non transfert, expreſſi ſunt textus *in dict. l.* 48. *de uſucap. & in dict.* *l.* 2. *in prin. pro emptor*, in quibus diſcriminis rationem inter traditionem factam ex cauſa exiſtimatæ emptionis, & ſolutionem ex cauſa falſa aliorum titulorum qui verè non præceſſerint, in eo Paulus conſtituit, quod in reliquis titulis extra emptionem bona fides quoad cauſam uſucapionis, traditionis duntaxat tempore expectatur, quæ cum adſit tempore ſolutionis factæ ex falſa cauſa, quæ non proceſſit, uſucapioni locum facit; ut in emptione bona fides noo ſolùm traditionis, ſed & contractus tempore exigitur ut latè *ſuperiori capite* diximus *n.* 7. *&* 8. & cum facta traditione ex cauſa exiſtimatæ emptionis deficiat bona fides tempore contractus, utpotè qui non interceſſit ex defectu bonæ fidei uſucapio non procedit. Verum hæc differentiæ ratio ex eo non leviter impugnatur quod ubi traditio ſeu ſolutio ex falſa cauſa intereeſſit, non áttenditur exiſtimatus titulus, qui inutilis omninò eſt ad uſucapionem, ſed ipſa ſolurio quæ parit titulum pro ſoluto, ergo io traditione facta ex cauſa falſæ emptionis, bona fides noo contractus, qui non præceſſit, ſed traditionis ſolum tempore debet attendi, ac per conſequens traditio ex cauſa falſæ emptionis juſtus erit titulus ad uſucapionem ad inſtar ſolutionis factæ ex cauſa cujuſlibet alterius rituli exiſtimati; ſed quamvis hac difficultate oppreſſi nonnulli interpretes quos meritò reprehendit Aſſim. *ad rubricam noſt. tituli n.* 302. *cum quatuor ſeqq.* præfatam differentiam non admiſeriut eontra diverſos textus ſupra expenſos veriſſima adhuc eſt, quamvis obſcura differentiæ ratio quam adhibuit Paulus in prædictis rebus, pro cujus explicatione & propoſitæ difficultatis ſolutione aſſerendum eſt, quod quamvis pro ſoluto titulus non oriatur ex cauſa, quæ non præceſſit, ſed ex ipſa ſolutione, negari tamen non poteſt, exiſtimatum titulum cauſam dediſſe ſolutioni & ſic eadem eſſe obſervanda in ſolutione ex falſa cauſa facta quæ obſervarentur ſi talis cauſa verè præceſſiſſet, unde eum ſi emptio præceſſiſſet etiam contractus tempus quoad bonam fidem foret inſpiciendum, quod oullum datur in traditiooe facta ex cauſa exiſtimatæ emptionis, inde eſt quod ex hujuſmodi traditione noo oriatur uſucapiendi conditio, non ſolùm ex defectu bonæ fidei ut Paulus diſputat, ſed etiam ex defectu tituli, nam licèt poſita mala fide adhuc titulus poſſit conſiderati *dict. l.* 2. §. 1. *pro emptore*, inutilis tamen erit ad uſucapionem propter defectum bonæ fidei, & quia ut inſinuaſſe videtur Aſſim. Ubi nuper *n.* 31. ſicuti traditio ex cauſa veræ emptionis facta ante ſolutum pretium non transferret uſucapiendi conditionem ut *n.* 2. fundavi, ſic nec ſolutio ex falſa emptionis cauſa, in qua idem jus, quod in vera emptione debet obſervari parere uſucapionem poteſt, ex defectu pretii, quod eum nullum fuerit, ne ſolutum quidem dici poteſt.

Hine intelligendus eſt textus in *dict. l.* 2. §. *Sti-* 24
chum 6. *pro emptore* ubi ſi pro re vendita, alia per ignorantiam ſit tradita, uſucapio non contingit, quia nec datur titulus pro emptore circa rem quæ empta non eſt *dict. l.* 2. §. *ejus bona*, nec magis titulus pro ſoluto qui non naſcitur ex traditione ex falſæ emptionis cauſa facta, & propter eam rationem in corpore datur defectus poſſeſſionis *l. ſi me* 34. *de acquir. poſſeſſ.* Alia ſanè cauſa eſt, ſi cum fundus venditus fuiſſet ampliores fines per errorem ſint traditi, quo caſu integer fundus uſucapitur pro emptore *dict. l.* 2. §. 6. *verſ. ſed ſi fundus*, nec enim ſingulæ fundi partes ſeparatim poſſidentur, ſed potius univerſitas fundi pro emptore poſſidetur, & cum fundus unitum ſeo continuum corpus conſtituat, quo ono ſpiritu continetur *l. rerum miſtura* 30. *de uſucap.* emptio fundi etiam quoad ampliores fines per errorem traditos uſucapiendi conditionem producit Aſſim. ubi *ſup. n.* 57. Arnold. Vinn. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 34. Nec adverſa ſed diverſa eſt ſententia textus *in l.* 57. §. 1. *pro emptore* qui loquitur de parte fundo vendito poſtea adjecta, vel eodem tempore cum fundo ſeparatim vendita, quæ ideò eum univerſitate fundi pro emptore non uſucapitur, ſed propriam habet conditionem, & ſeparatam poſſeſſionem & uſucapiooem requirit, quo etiam ſenſu accipiendum textum *in l. ſi ego* 11. §. *quod* 7. *de public.* admonuit Cujacius *lib.* 44. *Dig. Juliani in dict.* *l.* 7. §. 1. *pro emptore* quod autem dictum eſt uſucapionem contingere ſi vendito fundo ampliores fines per errorem tradantur, ita procedit, ſi id emptor ignoraverit, alioquin ſi ſcierit, & ſic malam fidem habuerit, ſequeos diſtinctio adhibenda eſt, aut ignorat quæ, quota, vel quanta pars ſit quam non emit, & nullam fundi partem poteſt uſucapere, quia oullam bona fide poſſidet, aut ſcit quota pars eſt pro diviſo aut pro indiviſo, & partem duntaxat quam emit uſucapere poterit *l.* 3. §. *incertum* 2. *l. locus* 26. *l. ſi quis fundus* 43. *de acquir. poſſeſſ. l. ſi fur.* 32. §. *ult. de uſucap. l. emptor.* 4. *in prin. &* §. 1. *l.* 6. §. 1. *pro emptore* Aſſim. *ad rubric. noſt tit. n.* 86. *cum pluribus ſeqq.* Valent. *lib.* 2. *illuſt. tractat.* 4. *cap.* 2. *n.* 13.

Supereſt denique exponendus titulus pro ſuo 25
juſtus ad uſucapionem, qui enim eſt in duplici differentia generalis unus, ſpecialis alter; generalis eſt qui cæteris omnibus titulis adhæret, & quaſi injunctus eſt, ut ecce, qui rem emptam donatam aut legatam poſſidet, & dominium ſe acquirere exiſtimat, non ſolùm ex cauſa emptionis, donationis, aut legati, ſed etiam pro ſuo poſſidet, quatenus rem ſuam eſſe exiſtimat *l.* 3. §. *ex pluribus* 4. *de acquir. poſſeſſ. l.* 1. *in prin. &* §. 1.

Digitized by Google

textus ſic intelligendi *in l. 31. & in l. 4. §. ult. pro ſuo* ſpecialis titulus pro ſuo provenit ex variis cauſis quas ſigillatim percurram; & primo ea omnia quæ jure gentium acquiruntur de quibus *in l. 1. cum pluribus ſeqq. de acquir. rer. dom. & in §. ſingulorum 11. cum ſeqq. inſtit. de rer. diviſ.* ſpeciali titulo pro ſuo poſſidentur *dict. l. 3. §. genera 21. de acquir. poſſeſſ. l. 2. pro ſuo* qui in id deſervit ut dominio bonitario quiritarium per uſucapionem adjiciatur, ut rectè cenſet Galvanus *de uſufruct. cap. 25. n. 3.* & aliquando neceſſarius eſt ad acquiſitionem dominii media uſucapione veluti ſi in littore maris lapillos quis invenerit ab alio priùs occupante deperditos, quos ſibi per inventionem acquiri exiſtimavit, tunc nec bonitarium quidem dominium acquirit, cum permaneat penes eum qui prior occupavit quamvis poſſeſſionem amiſerit, ſed indiget uſucapione, quam parit ſpecialis titulus pro ſuo, qui & ſufficeret ad acquirendum dominium, ſi lapilli ab altero priùs occupari non fuiſſent, nec ſolum quæ per occupationem, ſed ea quæ vi & poteſtate rei propriæ per ſacturam aut acceſſionem jure gentium acquiruntur, ſpeciali titulo pro ſuo poſſidentur veluti fructus fundi, partus ancillæ, fœtus pecorum, & quæ alluvione fluminum fundo accedunt, non ex eodem titulo quo fundus, ancilla aut pecora ſed pro ſuo poſſidentur, idque ſibi voluit Paulus *in dict. l. 2. pro ſuo* in illis verbis: *item quæ ex rebus alieno nomine poſſeſſis nata poſſidemus veluti partum hereditariæ aut emptæ ancillæ pro noſtro poſſidemus*, in quibus docet quod quamvis fundus, ancilla, aut pecora alieno nomine id eſt non pro ſuo ſed alio titulo, veluti pro emptore aut pro hærede poſſideantur, prout explicat Cujacius *lib. 54. Pauli ad edict. in dict. l. 3. §. ult. de acquir. poſſeſſ.* ex eis tamen nata pro ſuo poſſidentur, quia non ex emptione aut hæreditate, ſed rei propriæ poteſtate jure gentium acquiruntur, licet negari non poſſit emptionis aut hæreditatis occaſione poſſeſſionem acquiri, quo ſenſu partus emptæ ancillæ ex emptionis cauſa & quaſi pro emptore dicitur poſſideri in textibus ſic intelligendis *in l. non ſolùm 33. in prin. de uſucap. l. qui ob pactum 9. cum ſeq. pro emptore* tradunt Pinell. *lib. 2. ſelect. cap. 1. ex n. 39.* & Amaya *lib. 3. obſerv. cap. 1. §. 4. n. 8. cum ſeqq.*

26 In his autem omnibus utilis nonnumquam eſt uſucapio, & aliquando neceſſaria, etenim ſi de his quæ fundo per alluvionem accedunt loquamur, ſiquidem fundus fuerit proprius utilis ſolum erit uſucapio ad adjiciendum quiritarium dominium bonitario, ſi verò alienus, neceſſaria prorsùs erit *dict. l. 11. §. 7. de publiciana*, pariter ſi de fructibus ex alieno fundo fide bona perceptis diſputem, neceſſaria eſt uſucapio, non quidem ad acquiſitionem dominii quod per ſeparationem aut perceptionem revocabiliter acquiritur bonæ fidei poſſeſſione *l. bona fidei 48. in prin. de acquir. rer. dom.* ſed ut revocabile dominium per perceptionem acquiſitum fiat irrevocabile per uſucapionis beneficium *argum. textus in l. in bello. 12. §. in etſi ignorans 8. de captiv. junct. Galvano de uſufr. cap. 28. ex n. 7.* quidquid dicat Pinell. *dict. cap. 1. ex n. 71.* quem inferius *cap. ult.* impugnavimus, quod idem procedit quoad fœtus & fructus ex alienis gregibus aut pecudibus bona fide poſſeſſoris natos ſeu perceptos quos licet ſtatim pleno jure bonæ fidei poſſeſſor acquirat *l. in pecudum 28. de uſur. cum ſimilib.* indiget uſucapione ad acquiſitionem dominii irrevocabilis, textus ſic intelligendus *in l. qui vas 48. §. ancilla 4. verſ. idem de furtis* quidquid ſentiat Retes *ad leg. Atiliam n. 47.* cui occurri poterit ex traditis ab Arnoldo Vinnio *in §. ſi quis à non domino 35. inſtit. de rer. diviſ. n. 9.* nec contrarium probat textus *in l. 4. §. Lana 19. de uſucap.* pro cujus expoſitione quam commodiori loco ſubjiciam, interim adeundus Galvanus *dict. cap. 28. n. 10.* quoad partus autem ancillarum quæ bona fide poſſidentur neceſſaria ſemper eſt uſucapio, quippè cum in fructu non ſint, nec quidem revocabiliter acquiruntur bonæ fidei poſſeſſori *dict. l. 28. §. 1. de uſur.* niſi uſucapio interceſſerit, per quam irrevocabile dominium acquiritur *dict. l. 11. §. partus 2. de publ. dict. l. 33. in prin. de uſucap. dict. l. 10. pro emptor. dict. l. 48. §. 5. cum ſeq. de furt. l. 3. C. hoc tit.* Galvan. *ubi ſupra cap. 29. n. ult.* ex quibus omiſſa interpretatione Pinelli *dict. cap. 1. n. 75. cum ſeq.* noviter forſan intelligo textum *in dict. §. 4. §. fructus 5. de uſucap.* qui quatenus docet hæredem fructus fundi, partus ancillæ, & fætus pecorum ſi defuncti non fuerunt uſucapere poſſe ſic explicandus eſt, ut quoad partus ancillæ bona fide poſſeſſæ qui defuncti non fuerunt hæredi ſemper neceſſaria ſit uſucapio, quæ reſultat vel ex titulo ſpeciali pro hærede, ſi in hæreditate ſint inventi, vel ex titulo ſpeciali pro ſuo ſi poſt aditam hæreditatem in lucem editi ſint juxta textum ſic accipiendum *in dict. l. 2. pro ſuo*, & quoad fætus ſeu fructus ex fundis aut pecoribus bona fide poſſeſſis perceptos aut natos, qui defuncti non fuerunt, neceſſaria ſit hæredi uſucapio, vel ut eos incipiat uſucapere ſpeciali titulo pro ſuo ſi poſt aditionem hæreditatis nati aut percepti ſint, vel ut eorum uſucapionem à defuncto, cujus irrevocabiliter non fuerunt jam cæptam perficiat ſpeciali titulo pro ſuo ex perſona defuncti & proprio titulo pro hærede argum. textus *in dict. l. 3. §. 4. de acquir. poſſeſſ.*

27 Elegans alter caſus ſpecialis tituli pro ſuo extat apud Ulpianum *in l. 1. §. & primum 2. pro dote* ubi ſi poſt contracta ſponſalia res inæſtimatæ ſponſo traduntur doris nomine, ſiquidem eo animo ut non anteà ejus fiant quam matrimonium ſit ſecutum, ex hujuſmodi traditione, ſicuti ante matrimonium dominium non transfertur *l. dotis 7. §. ult. l. 9. in prin. & §. 1. de jur. dot.* ſic nec antè naſcitur uſucapiendi conditio, cum nec detur titulus pro dote ex defectu matrimonii, nec titulus pro ſuo ex defectu voluntatis ſponſæ, ſi autem eo animo traditæ ſint ut ſtatim fierent ſponſi quod actum in dubio creditur *l. ſed 8. de jur. dot.* confeſtim dominium acquiri certum eſt ſponſo *dict. l. 7. §. ult. dict. l. 9. in prin.* aut ſi res fuerint alienæ, competit uſucapiendi conditio, quæ provenit non ex titulo pro dote qui nullus eſt ante ſecutum matrimonium, ſed ex ſpeciali titulo pro ſuo, quem parit voluntas ſponſæ res dotis nomine traditas in ſponſum transferre volentis, quam obſervari & ratam haberi naturali æquitati conveniens eſt *l. 9. §. hac quoque 3. de acquir. rer. dom. §. per traditionem 40. inſtit. de rer. diviſ.* ſimiliter res ab uxore præter dotem acceptas, quæ paraphernales vocantur, ſi ita datæ ſint ut mariti fiant ut *in dict. l. 9. §. 3. de jur. dot.* & alienæ fuerint uſucapere

maritus poteſt non quidem pro dote, quamvis adhuc conſtet matrimonium, quia dotales non ſunt ſed extra dotem *l. maritus* 95. *ad leg. Falcid. l. donationes* 31. §. 1. *de donat. l. hac lege* 8. *l. ult. C. de pactis conv. tam ſup. dot. quam ſup. don. ant. nup.* nec actione de dote ſed condictione repetuntur *dict. l.* 9. §. 3. *de jur. dot.* ſed ſolum ex ſpeciali titulo pro ſuo producto ex voluntate uxoris volentis rerum paraphernalium dominium transferre in maritum, quam obſervati æquum eſt *dict. l.* 9 §. 3. *de acquir. rer. dom.* ulterius & alius caſus quo ſpecialis titulus pro ſuo locum habet, legitur apud Paulum *in l.* 4. §. 1. *pro ſuo* ubi liberi qui diviſionem bonorum inter eos à parente factam poſt ejus mortem ratam habuerunt, res alienas in hæreditate patris inventas pro ſuo uſucapere dicuntur, quod ex eo difficile redditur, quod liberi inter quos pater bona partitus eſt hæredes parenti exiſtunt *l. ſi filia* 20. *l. ſi pater* 3. *l. quæ pater* 32. *l. ex parte* 39. §. *inteſtato* 2. *famil. erciſc. l. ſi cogitat.* 2. *C. eod.* & ſic non pro ſuo ſed pro hærede uſucapere debere videntur juxta ea quæ dixi *n.* 15. ſed tamen verius eſt filios in propoſito non pro hærede uſucapere ſed pro ſuo. Ratio quam penès interpretes non inveni ex eo pendet, ni fallor, quod quamvis regulariter partitio omnium bonorum à patre inter liberos facta non pro ſimplici donatione, ſed pro ſupremi judicis diviſione habeatur *dict. l.* 10. §. 3. & obſervetur, quin opus ſit familiæ erciſcundæ judicio, ut doctè tradit D. Larreateg. *lib.* 4. *ſelect. cap.* 16. *n.* 4. aliquando tamen ſimplex donatio eſt, ſi ea ſoerit parentis voluntas, & tunc quamvis parens in eadem voluntate deceſſerit eo jure quod obtinuit antè conſtitutionem Juſtiniani *in l. donationes* 25. *C. de donat. inter.* non aliter confirmabatur, quam per arbitri adjudicationem in judicio familiæ erciſcundæ *l.* 18. *C. famil. erciſ.* aut per filiorum ratihabitionem *l.* 4. *pro don.* in quibus terminis omninò intelligendum exiſtimo textum *in dict. l.* 4. §. 1. *pro ſuo* ubi ſupponendum eſt diviſionem bonorum inter filios à parente factam ſimplicem feciſſe donationem & confirmatam fuiſſe per ratihabitionem filiorum quæ propter eorum voluntates producit ſpecialem titulum pro ſuo ad uſucapiendas res alienas inventas in paterna hæreditate, nec divinatoriam hanc ſuppoſitionem dicat aliquis quæ ex ipſa textus littera colligitur, in qua aſſerit Paulus filios bona quæ pater inter eos diviſit, poſt mortem Patris ex ea cauſa tenere, quod inter eos convenit ut ea diviſio nota eſſet, loquitur ergo de ſimplici donatione, alioquin nec neceſſaria eſſet ratihabitio filiorum qui ad obſervandam ſupremi judicis diviſionem poſſent compelli *dict. l.* 20. §. 3. *fam. erciſ.* nec filii bona tenerent ex cauſa ratihabitionis, ſed jure hæreditario, & propter ſupremum parentis judicium.

28 Naſcitur etiam ſpecialis titulus pro ſuo ex cauſa juſti erroris, quod ut intelligatur ſciendum eſt errorem juris à facti errore eſſe ſeparandum, ita ut ſi de juris errore diſputemus, multum interſit quoad cauſam uſucapionis, an ex tradentis an ex accipientis parte error interceſſerit, etenim juris error ex parte tradentis non ſolùm non obſtat uſucapioni, ſed & nonnunquam in cauſa eſt ut res tradita furtivitatis vitio non afficiatur neque inuſucapibilis reddatur *l. mandatum* 57. *ff. mandat. l. poteſt* §. 1. *cum l. ſeq. de uſucap.* §. *item ſi is* 5. *inſtit. eod. tit.* ex accipientis autem parte ad uſucapionem non prodeſt *l.* 4. *de juris & facti ignor. l. nunquam* 31. *in prin. de uſucap. l.* 2. §. *ſi à pupillo* 15. *in fin. pro emptor. l.* 4. *qui bon. ced. poſſunt.* in quibus nonnulla opponuntur exempla, veluti ſi quis emerit à pupillo ſine tutoris autoritate, ſeu quod idem eſt autoritate non rectè interpoſita, cum exiſtimaret licere pupillis res ſuas ſine tutoris autoritate adminiſtrare, aut autoritatem rectè interpoſitam non eſſe neceſſariam nec poteſt uſucapere pro emptore ex defectu emptionis, nec magis ſpeciali titulo pro ſuo, qui ex juris errore oriri non poteſt, tum quia injuſtus eſt & ſtultitia potius quam error *l.* 9. §. *ult. de jur. & fact. ignor. l.* 4. *quod vi aut clam*, tum quia in compendiis id eſt acquirere volentibus juris ignorantia non prodeſt *l.* 7. *cum ſeq. de jur. & fact. ignor. l.* 2. & 3. *C. eod. tit.* uſucapio autem eſt acquiſitio, & lucrum cum alieno detrimento conjunctum *l. ſciendum* 18. *cum l. ſeq. ex quibus cauſ. maj.* ut rectè docet Cujac. *lib.* 19. *quæſt. Papin. in dict. l.* 7. *de jur. & fact. ignor.* quin imo & ſi titulus aliquis præceſſerit, adhuc juris error ex parte accipientis impedit uſucapionem, ut ecce, qui rem emptam aut donatam, quam jure poterat uſucapere, exiſtimet ſibi per leges poſſidere non licere, propter juris errorem, uſucapere non poteſt, quia malâ fide videtur poſſidere *l. ſi fur.* 32. §. 1. *de uſucap.* quiſquis enim in jure errat, hoc ipſo eſt malæ fidei poſſeſſor præſumptus cum leges omnes ſcire teneantur *l.* 9. *C. de legib.* quamvis non ideo prædo dicendus ſit *l. ſed & ſi* 25. §. *ſcire de hæred. petit.* Oroz. *lib.* 9. *de apicib. jur. cap.* 6. *n.* 13. nec tunc obſtat textus *in l.* 3. *pro donato* cum ſimilibus pro quorum intelligentia videnda quæ ſupra dixi *n.* 7. & 8.

29 Solum itaque facti error parit ſpecialem titulum pro ſuo, non omnis, ſed qui juſtus eſt, quapropter non naſcitur titulus pro ſuo errore proprii facti, qui ſupinus & craſſus in jure reputatur, cum ſui facti prudens memorque unuſquiſque cenſeatur *l. ult. in prin. de adim. leg.* unde qui à ſeipſo ſumit errorem, ex defectu tituli uſucapere non poteſt, ut pone: qui falſo exiſtimat, ſe ex cauſa emptionis, donationis, dotis, hæreditatis, aut legati poſſidere, nec poteſt uſucapere titulo exiſtimato qui revera nullus eſt, cum falſa noſtra exiſtimatio rei veritatem non immutet *l.* 6. *ad municip.* nec etiam titulo pro ſuo qui ex injuſto errore, qualis eſt, qui circa proprium factum vertitur; naſci non poteſt *l.* 2. *in prin.* & §. 1. *verſ. idemque eſt pro empt. l.* 1. *pro don. l.* 1. *pro hærede l.* 1. *cum duab. ſeqq. pro legato. l.* 1. §. *ult. pro dote l. ult. C. de uſucap. pro don. l.* 36. *de uſucap. pro hærede l.* 4. *C. de præſcript. long. temp.* idque generaliter tradit Juſtinianus *in* §. 11. *inſtit. de uſucap.* aſſerens errorem cauſæ falſæ uſucapionem non parere; hinc lucem accipiunt textus *in l. interdum* 21. §. 1. & 2. *de acquir. poſſeſſ. l.* 5. *in prin. l. nemo* 6. *cum l. ſeq. pro derelicto*, in quibus pro derelicto uſucapere non poteſt qui falſo exiſtimat rem pro derelicto habitam eſſe, ut ecce; qui merces naufragio deperditas aut levandæ navis cauſa jactas invenerit, exiſtimans derelictas eſſe, neque pro derelicto poteſt uſucapere, ut notum eſt, neque pro ſuo, quia ipſe ſibi ſumit errorem, Cujacius *lib.* 3. *Jul. ad Urſeium ferocem in dict. l.* 6. nec contrarium eſt quod dicebamus *n.* 25. cum qui lapillos ab altero priùs occupante deperditos invenerit pro ſuo uſucapere, quia ut animadvertunt Angelus, Alexander,

xander, Cumanus *in dict. l. 5. §. 1. pro derelicto* ut detur titulus pro derelicto, non ſufficit propria occupatio, ſed requiritur alterius factum, id eſt, derelictio; at ut detur titulus pro ſuo ex inventione, ſufficit propria occupatio, quin alioquin extranei factum intercedere opus ſit, undè obſervanda eſt ratio differentiæ, quam ſæpè deſideratam hucuſque non legi, cur ſcilicet cum ea omnia quæ jure gentium acquiruntur ſpeciali titulo pro ſuo poſſideantur ut ex *l. 2. pro ſuo dixi n. 25.* res tamen derelictæ, quæ etiam jure gentium acquiruntur §. 47. *inſtit. de rer. diviſ.* non ſpeciali titulo pro ſuo, ſed pro derelicto poſſideri dicantur, ut conſtat *ex integro titulo Dig. pro derelicto*, quæ meo judicio ex eo petenda eſt, quod derelictæ rei acquiſitio, ad differentiam cæterarum rerum, quæ per occupationem jure gentium acquiruntur, non pendet ſolum ex occupatione, ſed exigit factum alterius, id eſt derelictionem, quæ quamvis remotior, principalior tamen ex cauſa poſſeſſionis, & inducit titulum pro derelicto. Pertinet etiam ad hanc partem vulgaris, difficilis tamen & hactenus non intellectus textus *in l. Celſus 27. de uſucap.* ubi quorumdam veterum ſententiam qui facti proprii errorem parere titulum pro ſuo efficacem ad uſucapionem aſſeverant, ex eo Celſus convincit, quòd ubi emptio, donatio, aut legatum non interceſſit pro emptore, pro donato, aut pro legato uſucapio locum non habet, quæ ratio parum ad rem apta videtur, veteres namque quos errare Celſus ait non aſſerebant, eum qui emptorem ſe, donatarium, aut legatarium exiſtimat, pro emptore, pro donato aut pro legato uſucapere, ſed pro ſuo, quæ ratio Celſi non convincit. Prævidit difficultatem Vinnius *in dict. §. error. inſtit. de uſucap.* cujus omiſſa ſolutione quæ *ex dict. l. 2. pro ſuo* qua ipſe utitur & ex jam dictis & infra dicendis refellitur, dicendum eſt veteres, quos Celſus reprehendit ſenſiſſe eum, qui ex cauſa emptionis, donationis aut legati ſe falsò exiſtimat poſſidere, non ſolùm pro ſuo uſucapere, ſed etiam pro emptore, pro donato aut legato ut mihi probant textus in illis verbis: *nihil referre emere necnè donatum ſit, necnè ſi modo emptum vel donatum ſibi exiſtimaverit* ex quibus conſtat manifeſtè veteres illos inter verum & exiſtimatum titulum nullum admiſiſſe diſcrimen, & aſſeruiſſe falſam emptionis opinionem inducere titulum pro emptore, ac proinde & generalem titulum pro ſuo, qui omnibus aliis titulis adhæret, hunc veterum errorem ex eo Celſus redarguit, quod falſæ emptionis opinio pro emptore titulum non parit, ac per conſequens nec generalem titulum pro ſuo, verum quidem eſt nec ſpeciali titulo pro ſuo in præſenti uſucapionem contingere ex jam dictis, quod tamen ideò Celſus non probat, quarè totus in eo fuit, ut veteres impugnaret qui non ex ſpeciali titulo, ſed ex generali pro ſuo uſucapionem procedere contendebant.

30 Illud antequam ad alieni facti errorem deveniam notandum duxi quod ſicut error falſæ cauſæ uſucapionem non parit, ſic ex contrario ſi juſtus titulus præceſſerit, falſa poſſeſſoris opinio ſe titulo aut poſſeſſione carere exiſtimantis non impedit uſucapionem, cujus rei elegans exemplum affert Paulus *in dict. l. 2 §. 2. verſ. contra pro emptore*, in eo qui cum ſub conditione emiſſet, & rem venditam accepiſſet, conditionem quæ jam extitit, ignorat extitiſſe, quem pro emptione uſucapere affirmat ſecundum Sabinum, qui hanc ſententiam ex eo confirmabat, quod qui falsò exiſtimat ſe à non Domino emere, rei à vero Domino venditæ & traditæ dominium nanciſcitur, & veritas potius attenditur quam opinio *l. 9. §. qui ignoravit 4. de jur. & facti ignor.* ergo & qui falsò exiſtimat nondum extitiſſe conditionem, poterit pro emptore uſucapere, ut hic etiam opinioni veritas præferatur, hanc Sabini ſententiam admittit quidem Paulus; notat tamen nonnullam eſſe diverſitatem inter eum qui falſo credit, ſe à non Domino emere, qui cum affectionem emptoris habeat, rei venditæ dominium acquirit & eum qui falſo exiſtimat conditionem non extitiſſe, qui cum hoc ipſo nondum emiſſe ſe credat, nec emptoris affectionem haberet, nec pro emptore poſſe uſucapere videtur, nec ideò paritatem adductam à Sabino carpit, ſed explicat, quaſi diceret qui falſo credit ſe à non Domino emere, manifeſtè emptoris affectionem habet, qui autem conditionem non extitiſſe falsò exiſtimat, quaſi nondum ſe emiſſe putat id eſt emptoris affectionem non habere videtur, & ſic difficultas eſt, ut pro emptore procedat uſucapio ei, qui conditionem ignorat extitiſſe, quamvis ut dominium acquiratur ei qui à non Domino ſe emiſſe credit, ſed tamen adhuc pro emptore poteſt uſucapere; qui conditionem extitiſſe non credit, quia habet etiam emptoris affectionem & qui rem venditam accepit pendente conditione animum poſſidendi habet ex cauſa emptionis, quandocumque conditio extiterit, qui quidem animus efficit ut quamvis ignoret extitiſſe conditionem, dato jam emptionis titulo per exiſtentiam conditionis pro emptore poteſt uſucapere, ſic ferè docent Cujacius *lib. 54. Pauli ad edict. in dict. l. 2. §. 2.* Cheſius *lib. 2. interpret. cap. 27.* aliud exemplum proponit Papinianus *in l. 44. §. filiusfamilias 4. de uſucap.* quod eadem ratione nititur, & doctè ibi explicat Cujacius *lib. 23. quæſt. ejuſd.* ſimiliter ſi res ex juſta cauſa tradita ſit, & poſſeſſor tamquam alia cauſa acceperit, quæ etiam efficax ſit ad dominii translationem, ex vera cauſa procedit uſucapio *l. 31. §. ult. dict. l. 44. §. 4. de uſucap.* textus ſic intelligendus *in dict. l. 2. §. 2. pro empt.* Cujac. *lib. 54. Pauli ad edict.* quoniam & hujuſmodi traditio ſi propria res tradentis fuiſſet dominii translationem induceret *lib. 36. de acquir. rer. dom.* de cujus conciliatione cum *l. ſi ego 18. de rebus credit.* videndus plures referens Retes *lib. 1. opuſ. cap. ult. ex n. 8. de donat. cap. 8. n. 5.*

Alieni tamen facti error (ut proſequamur) qui plurimum à proprii facti errore diſtare videtur 31
in dict. l. 3. de jur. & fact. ignor. juſtus & tolerabilis error eſt *l. ult. §. 1. in fine pro ſuo* ut utilitatis cauſa producit ſpecialem titulum pro ſuo efficacem ad uſucapionem *l. 7. §. Marcellus 2. de public. l. 13. §. 1. de uſucap. dict. l. 2. §. ſi à pupillo 15. & §. ſi à furioſo 16. pro emptore* in quibus ſi quis emerit à furioſo, quem ſanæ mentis exiſtimavit, eo quod fortè in conſpectu inumbratæ quietis fuiſſet conſtitutus juxta textum in *l. quod meo 18. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* vel ſine tutoris autoritate à pupillo quem forſan propter aſpectum puberem eſſe credidit, poteſt uſucapere non quidem pro emptore cum nulla ſit emptio, ut dicitur *in dict. l. 16.* ſed pro ſuo juxta cauſam juſti erroris, qui non generalem, ut vulgo creditur, ſed ſpe-

cialem parit titulum pro ſuo ut ex eo convincitur, quod titulus pro ſuo ex juſto errore productus per ſe ſolum ſtat, nec alii titulo adhæret, quem falſa opinio ſeu esiſtimatio poſſeſſionis quantumvis juſta inducere non poteſt nec obſtat quod dicebamus *n.* 23. ex cauſa exiſtimatæ emptionis adhuc ſecuuta traditione non oriri uſucapiendi conditionem, nam in præſenti materialis ſaltem emptio intercedit, & duplici tempore bona fides invenitur, & quamvis nec pro emptore, nec pro ſoluto contingat uſucapio, cum non magis ſolutio quam venditio à furioſo, vel furioſo vel pupillo facta dici poteſt, procedit tamen ex titulo ſpeciali pro ſuo & hunc ſenſum habent difficilia illa verba Pauli *in dict.* §. 15. *ut hic plus ſit in re quam in exiſtimatione*, ſcilicet quod licet ex cauſa exiſtimatæ emptionis, quæ nec de facto præceſſit, non naſcitur uſucapiendi conditio ut ipſe Paulus docuerat in principio ejuſdem legis ſecundæ; ex cauſa tamen emptionis exiſtimatæ quæ de facto ſaltem præceſſerit pro ſuo contingat uſucapio, ut ſic plus tribuatur rei id eſt facto emptionis, quamvis inutilis, quam ſoli exiſtimationi ejus qui falsò ſe emiſſe credit, quamvis aliter hos textus explicuerit Cujacius *lib.* 51. *Paul. ad edict. in dict. l.* 15. Anton. Faber *lib.* 1. *conject. cap.* 18. Santolar. *interpretat.* 21. Cheſius *lib.* 2. *interpret. cap.* 39. Aſſim. *ad l. ult. c. hoc tit. n.* 111. & D. Retes ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio *n.* 35. *cum ſeq.* procedit itaque in propoſito uſucapio ex titulo pro ſuo, & publiciana competit adversùs extraneum juxta textum ſic intelligendum *in l.* 7. §. 2. *de publiciana* non verò contra furioſum vel pupillum, quo ſenſu exaudiendus eſt Paulus *in dict. l.* 2. §. 16. *pro emptore*, ubi ex eo quod nulla ſit emptio infero furioſum vel pupillum de evictione non teneri & ſic nec publicianam adversùs eos competere, qui cum obligati non fuerint poſſunt adversùs inutilitatem contractus venire docent plures referens D. Retes *ubi ſuprà num.* 37. *cum ſeq.* & præter ab eo relatos Galvanus *de uſufr. cap.* 34. *n. ult.*

32 Pariter & juſtus alieni facti error uſucapiendi conditionem præbet in vulgaribus textibus non tamen vulgariter explicandis *in l. quod vulgo* 11. *pro emptore*, & *in dict. l. ult.* §. 1. *pro ſuo* quos eaſdem ſpecies continere meritò cenſent Cujacius *tractat.* 7. *ad African. in dict. l.* 1. & Oſuald. *lib.* 5. *comment.* Donell. *cap.* 5. *litt. B.* quæ talis eſt ſi ſervus aut procurator, cui Dominus rem emendam mandaverat non emerit, ſed ſic perſuaſerit ſe emiſſe, atque ita tradiderit, propter juſtum & probabilem ortum errorem ex ſervi aut procuratoris perſuaſione, pro ſuo procedit uſucapio, quia hic etiam emptio de facto quodam modo præceſſerit, non quidem inter ſervum aut procuratorem & extraneum, ſed inter Dominum & ſervum aut procuratorem, cum Dominus rem acceperit pro pretio quod ſervo aut procuratori dedit, & ſic duplici tempore bona fides interceſſit, ſed tamen alia ratione uſucapionem contingere non poſſe videtur, ſervus enim qui rem quam non emerat, Domino perſuaſit ſe emiſſe, dolum commiſit, & habuit malam fidem, quæ extra rationem peculiarem nocet Domino quoad cauſam uſucapionis *dict. l.* 2. §. *Celſus* 11. *pro empt.* ubi Cujacius *in dict. lib.* 54. *Pauli ad edict.* huic difficultati cui reſpondere auſus non fuit ſubtilis Cumanus *in dict. l. quod vulgo* 11. non poteſt aliter ſatisfieri quam ſi termini habiles ponantur. Eruditiſſimus quidam anteceſſor *in manuſcript. ad noſtr. tit.* tenet ponendum eſſe ſervum rem ex cauſa donationis à bonæ fidei poſſeſſore accepiſſe, & ſic bonam fidem habuiſſe, quamvis in eo dolum habuerit quando Domino perſuaſit emptionem præceſſiſſe, quæ reverà non præceſſit, verum hæc ſuppoſitio ex eo ferenda non eſt, quod ſi ſervus rem ex cauſa donationis accepiſſet, dominus quamvis propter ejus perſuaſionem falſo exiſtimaret emptionem interveniſſe, non pro ſuo ſed pro donato uſucaperet, quia ut dixi *n.* 30. quoties juſtus aliquis titulus intercedit, ex eo procedit uſucapio, licèt poſſeſſor ex alio ſe poſſidere exiſtimet, quapropter ſentio naturaliter ex parte ſervi intervenire dici poſſe, quam ſi ſupponatur ſervum ſe rem emiſſe falſo exiſtimaſſe, & hoc ipſum domino perſuaſiſſe, quo caſu ſervus malam fidem non habuit, quæ nocere domino poſſit, & dominus quamvis per defectum emptionis non poſſit pro emptore uſucapere, propter probabilem tamen alieni facti errorem pro ſuo poterit uſucapere.

33 Nec ſolum juſtus alieni facti error circa exiſtimatam emptionem, ſed & circa alium quemlibet exiſtimatum titulum inducit ſpecialem titulum pro ſuo habilem ad uſucapionem quod ſequentibus exemplis declaratur, quamvis non aliter pro donato procedat uſucapio, quam ſi vera donatio præceſſerit *l.* 4. *pro donato dict. l. ult. de uſucap.* pro donato, ſi tamen juſtus alieni facti error interveniat pro ſuo titulus locum habet, veluti ſi filiusfamilias falſo exiſtimans ſervi juris factum rem donaverit uxori patris ſui, & ſic inutiliter *l.* 3. §. *qui in ejuſdem* 2. *de donation. inter.* propter juſtum errorem ex titulo pro ſuo uſucapio contingit, textus ſic intelligendus in *l. ſi extraneus* 44. *verſ. idemque eod. tit.* junctis quæ Scipio Gentilis *lib.* 2. *de donation. inter. cap.* 29. & D. Retes *ad l. Aſin. n.* 12. Deindè licèt exiſtimatus dotis titulus non parit uſucapionem pro dote *l.* 1. §. *ult. pro dote*, ſi juſtus error adſit, datur titulus pro ſuo efficax ad uſucapionem, ut ecce qui cum ancilla, quæ communi exiſtimatione pro libera habebatur, nuptias contraxerit, & dotis nomine rem alienam acceperit, non quidem pro dote ex defectu nuptiarum & dotis *l.* 39. *junct. l.* 3. *de jure dot.* ſed pro ſuo ex cauſa juſti erroris poteſt uſucapere *l. Proculus* 67. *eod. tit.* pro cujus pleniore expoſitione quoad alias difficultates quæ huc non faciunt videndus Cheſius *lib.* 2. *interpret. cap.* 47. Larrcateg. *decis Granat.* 33. *n.* 61. *cum ſeq.* & D. Retes *n.* 15. *cum duobus ſeqq.* Rurſus tamen ſi pro legato titulus non oriatur niſi ex legato verè & utiliter relicto *dict. l.* 3. §. 10. *in fin. de acquir. poſſeſſ. dict. l.* 1. *cum duabus ſeqq.* & *dict. l. ult. pro legato* ſi tamen quis rem aliquam poſſideat quam juſto errore ductus utiliter ſibi legatam exiſtimaverit pro ſuo poteſt uſucapere *dict. l. ult. pro legato* ut pone ſi teſtator rem alienam ignorans, & ſic non jure legaverit §. 4. *inſtit. de legat.* aut rem propriam legatam codicillis ademerit *dict. l.* 4. *pro legato*, quibus caſibus juſtus error datur propter factum teſtatoris, aut propter non repertos codicillos, quorum ignorantia non culpabilis eſt *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *de tranſact.* vel ſi cum circa nomen eſſet dubitatio, quia forſan Titio legatum relictum fuit, & cum duo eſſent Titii ut in *l. ſi fuerit* 10. *de rebus dub cum ſimilibus*,

Digitized by Google

alter eorum de ſe cogitaſſe teſtatorem exiſtimaverit *dict. l. 4. & ult. pro legato*, in quibus legibus quod dicitur in his omnibus caſibus uſucapionem pro legato procedere non ſic eſt accipiendum ut detur titulus pro legato, quæ erronea poſſeſſionis opinio tametſi juſta & tolerabilis præcedere non valet, ſed ut procedat uſucapio ex titulo pro ſuo, cui cauſam dat juſtus error circa exiſtimatum legatum ut docet Petrus Gregor. *lib 40. ſyntagm. cap. 7.*

34 Ex eadem ratione quamvis qui falſo credit ſe hæredem aut bonorum poſſeſſorem eſſe, pro hærede, aut bonorum poſſeſſore uſucapere non poteſt? textus ſic intelligendus *in dict. l. 36. §. 1. de uſucap. dict. l. 1. pro hærede dict. l. 3. C. de uſucap. pro hærede l. 4. C. de præſcript. long. temp.* ſi tamen aliquis juſtam cauſam habuerit exiſtimandi ſe hæredem aut bonorum poſſeſſorem eſſe, ut in terminis textus *in dict. l. ult. de hæred. inſtit. l. 36. §. miles 2. de teſtam. militis l. uxorem 29. de manum. teſtam.* pro ſuo poterit uſucapere propter juſtum errorem circa titulum exiſtimatum pro hærede, textus ſic intelligendus *in l. 33. §. 1. verſ. hoc amplius hoc tit.* ad quam etiam partem referendus textus *in l. 9. C. de poſtlim. reverſ.* ut cum judicio advertit Arias Pinellus *ad rubric. Cod. de bon. matern. 2. part. n. 41.* Hinc juxta inſcriptionem illuſtrandus eſt textus *in l. ult. pro hærede* ubi Paulus *ad leg. Juliam & Papiam* ſcribit: *conſtat eum qui teſtamenti factionem habet pro hærede uſucapere poſſe*, quibus conſciſis verbis inter deportatum & cælibem hoc diſcrimen conſtituiſſe videtur, quod deportatus tanquam expers paſſivæ teſtamenti factionis *l. 1. C. de hæred. inſtit. cum vulgatis pro hærede* uſucapere non poteſt, ſicuti nec alio quolibet titulo, cum uſucapio tota à jure civili deſcendat ut latè fundavi *cap. 1. ex n. 2.* & deportatus ab his tamen omnibus arcetur, quæ ex jure civili proficiſcuntur *l. ſunt quidam 17. §. 1. de pœnis, l. deportatus 15. de interdict. & releg.* cælebs autem qui teſtamenti factionem habet quamvis non aliter capere cum effectu poſſit, quam ſi intra centum dies cretionis legi paruerit id eſt nuptias contraxerit, Ulpianus *in fragm. tit. 17. in prin. & tit. 22. §. 2. in fine*, poteſt uſucapere vel pro hærede ſi nuptiis contractis hæreditatem eum effectu acquiſierit, vel pro ſuo ſi in alieno facto errans hæredem ſe eſſe credat, veluti ſi teſtatorem à quo ſit inſtitutus cognatum ſuum probabili errore deceptus exiſtimet *argum. textus in l. juſto errore 44. in prin. de uſucap.* aut ſi à principio jus capiendæ hæreditatis conceſſum credat juſto errore deceptus forſitan propter ejus perſuaſionem, cui ejus juris impetrationem commiſerat; ſic ferè quamvis non ſic explicet D. Ramos. *lib. 4. ad leg. Jul. & Pap. rel. 37. n. 16.*

35 Spectat ad eandem partem difficilis textus in *l. cum ſolus 29. de uſucap.* ubi ſi is qui ex aſſe hæres erat, ei quem falsò cohæredem ſuum exiſtimat hæreditarias res pro parte tradiderit, aſſerit Pomponius uſucapioni locum non eſſe, quia nec datur titulus pro hærede circa id quod ab hærede poſſeſſum eſt, nec alia juſta cauſa poſſidendi intercedit ex ratione quam *n. 20.* præſtitimus, & ſubjungit idem dicendum, & ſi exiſtimatus cohæres errore deceptus ſe cohæredem eſſe crediderit, nam hic etiam poſſeſſio hæredis vera impedit uſucapionem, quæ Pomponii ſententia ſupra traditis videtur refragari, nam in ejus ſerie error circa alienum factum intercedit, & totus provenit ex traditione à vero hærede per errorem facta, quæ licet nec pro hærede nec pro ſoluto titulum pariat, debuit tamen inducere ſpecialem titulum pro ſuo, ſi verum eſt quod diximus ex juſto alieni facti errore illum oriri. Ulterius & ratio qua utitur Pomponius ſcilicet quod poſſeſſio veri hæredis obſtat uſucapioni, falſa eſt, cum ſemel ſecuta traditione poſſeſſio ſaltem in exiſtimatum cohæredem fuerit tranſlata ut notum eſt, quibus difficultatibus ut Pomponium liberemus, ejuſque genuinam forſan aperiamus mentem omiſſis quæ comminiſcuntur Cumanus & Paulus de caſtro *in eo textu* dicendum eſt ejus ſententiam eſſe eam, ut in ſpecie quam exagitat ex defectu tituli uſucapio non procedat, quia pro hærede titulus non invenitur in exiſtimato cohærede qui dari non poteſt circa id quod ab hærede vero poſſeſſum eſt, ſicuti & eodem ſenſu ſuis hæredibus exiſtentibus nullum pro hærede alium uſucapere poſſe reſpondetur *in l. 2. C. de uſucapionibus pro hærede* quam ſic explicuimus *n. 13.* nec ulla alia cauſa intercedit, quod idem procedit etſi exiſtimatus cohæres ſe cohæredem eſſe crediderit, qui nec pro hærede poteſt uſucapere, cum revera hæres non ſit, & poſſeſſio veri hæredis non quidem præſens, ſed quæ traditionem præceſſit non ſinat ut quiſquam alius pro hærede titulum habere poſſit, nec etiam titulo pro ſuo poterit uſucapere, quamvis ejus error ex alieno facto, nempè ex traditione veri hæredis proveniat, quod enim in ſuperioribus diximus errorem facti alieni parere titulum pro ſuo ita procedit, ſi error verſetur circa factum ejus à quo titulum ſe habere exiſtimat, ut videre eſt in omnibus exemplis præcedentibus numeris propoſitis, at ſi error non præcedat, & ejus facto à quo quis titulum habere credat, ſed alterius extranei non parit titulum pro ſuo ut *in dict. l. 29.* in qua error non proceſſit ex facto defuncti à quo exiſtimatus cohæres, nec de facto fuit inſtitutus, ſed ex facto extranei, videlicet ex veri hæredis traditione, quam interpretationem acceptam fero magno Cujacio qui ad pandectas *in dict. l. 29.* docet ideo exiſtimatum cohæredem uſucapere non poſſe, quia res hæreditarias non quaſi à defuncto, ſed à vero hærede accepit. Nec plura jam occurrunt circa juſtos titulos ex quibus procedit uſucapio nec ſi occurrerent quæ ſequuntur feriæ proſequi ſinerent, quæ calamum ſiſtere & intermittere potius quam omittere tractationem noſtra jure compellunt ſcripta, legite ſectatores præclari dum utilitati veſtræ deſerviens, duo quæ ſuperſunt capita patere & expolire anxius ſtudeo.

CAPUT IV.

De continua poſſeſſione quam exigit uſucapio.

1 REquirit denique uſucapio, ut conſtat ex ejus definitione continuam poſſeſſionem per tempus à lege definitum, de poſſeſſione primum videamus, & mox de ejus continuitate: quapropter incipiendo, & ipſa lex decemviralis quæ ſic vulgò concipitur: *uſus autoritas fundi biennium cæterarum rerum annus eſto, poſſeſſionem ad uſucapionem deſiderat*, uſus appellatione qua poſſeſſionem aliquando denotari ſuprà *cap. 1. n. 1.* animadverti, & meritò, nam ſine poſſeſſione uſucapionem non contingere cautum eſt *l. ſine poſſeſſione 25. de uſucapionibus*, uſucapio etenim ſicuti pœna eſt poſſeſſionem negligentis, ſic præmium debuit eſſe poſſidentis, nec quælibet poſſeſſio ſufficit, ſed ea quæ cum effectu dominii conjungitur *l. quæcumque 13. §. 1. de public. in rem actione l. pignori 13. de uſucap.* unde provenit eum qui poſſeſſionem acquirere non poteſt, nec uſucapere quidem poſſe exempli cauſa: furioſus qui animum ſeu affectionem non habet, poſſeſſionem, quæ non ſolum corpore ſed & animo acquiritur *l. 3. §. 1. l. quemadmodum 8. de acquir. poſſeſſ.* adipiſci non poteſt *l. §1. furioſus 3. l. quod meo 18. §. 1. eod. tit.* & ſic nec uſucapere *l. 4. §. furioſus 3. de uſucap.* docent Valent. *lib. 1. illuſt. tract. 9. cap. 6. n. 3.* & Oroz. *lib. 4. de apicibus cap. 11. n. 5.* ex eadem ratione quamvis pupillus pubertati jam proximus etiam ſine tutoris autoritate poſſeſſionem acquirat & uſucapiat *dict. l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. infans 2. verſ. pupillus de acquir. poſſeſſ. dict. l. 4. §. pupillus 2. de uſucap.* & hoc quidem in infantiæ proximo favorabiliter obſervatur quamvis contra ſentiant Valentia *n. 15.* & Oroz. *ubi ſuprà n. 8.* ubi evincunt textus *in l. 1. §. huic proximus 13. de oblig. & act. & in §. pupillus 9. verſ. ſed in proximis de inutil. ſtipul.* infans tamen nec poſſidere, nec uſucapere poteſt, niſi autoritate tutoris accedente, quæ defectum judicii infantis ſuppleat *dict. l. 1. §. 3. dict. l. 32. §. 2. de acquir. poſſeſſ.* cui doctrinæ vulgò ſolet textus *in l. donatarium 3. C. eod. tit.* pro cujus explicatione omiſſis quæ tradit Galvanus *de uſufruct. cap. 33. n. 13.* adeundi Valent. *dict. cap. 6. n. 16.* & Oroz. *dict. cap. 11. n. 9.* ſimiliter quamvis ex diverſa, ratione captivus utpotè ſervus effectus, & ab alio poſſeſſus, nec poſſidere, nec uſucapere poteſt *l. ait prætor 23. §. 1. ex quib. cauſ. major l. 19. eod. l. cum heredes 25. §. 1. de acquir. poſſeſſ. l. nec ſervus 11. de uſucap.*

2 Hi autem omnes nec per ſe nec per ſervum poſſunt uſucapere *l. labeo 8. §. 1. de uſucap.* cum nec per ſervum poſſint poſſeſſionem acquirere extra cauſam peculiarem ex qua etiam furioſo & infanti poſſeſſionem & uſucapiendi conditionem acquiri conſtat *ex dict. l. 1. §. item acquirimus 5. verſ. igitur. dict. l. 32. §. 2. verſ. item infans de acquir. poſſeſſ.* textus ſic intelligendi *in dict. l. 4. §. 3. verſ. ſed hæc perſona l. ſi ſervo 28. l. ſi unquam 31. §. ſi vi 4. in fin. de uſucap.* quia etſi regulariter corpore etiam alieno, animo autem non niſi proprio poſſeſſio acquiritur, adeò ut ſervus non niſi ſcienti domino poſſeſſionem acquirat *l. 44. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* quidquid teneat Cujacius *lib. 24. obſervat. cap. 9.* cum quo ex profeſſo congreditur Valentia *dict. lib. 1. tract. 2. cap. 8. n. 9.* ex cauſa tamen peculiari dominus etiam ignorans ſervi animo & corpore poſſidere videtur; quod utilitatis cauſa receptum eſt, ne cogerentur domini per momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere, & quia etiam eorum animum intervenire dici poteſt, ex quorum voluntate adhibita in peculii conceſſione poſſidere ſervi intelliguntur *l. 3. §. cæterorum 18. l. quidquid 41. l. peregrè 44. §. quæſitum 1. de acquir. poſſeſſ.* quapropter ex cauſa peculiari domini etiam ignorantes per ſervos uſucapiunt *dict. l. 8. in prin. de uſucapionib. cum ſimilib.* ut dixi *cap. 2. n. 12.* Nec ferendus eſt Oroz *qui dict. lib. 4. cap. 11. n. 12.* exiſtimat quod dicitur *in dict. l. 1. §. 5. cum ſimilib. de acquir. poſſeſſ.* ex cauſa peculiari etiam infantem & furiuſum per ſervum poſſidere, & uſucapere, intelligendum eſſe non de acquirenda poſſeſſione, ſed de jam acquiſita retinenda, & in id expendebat textum *in l. ſi id quod 25. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* hanc quippè opinionem perſpicuè præjacti textus convincunt, quibus docemur ex cauſa peculiari etiam infantem & furioſum poſſeſſionem & uſucapiendi conditionem facultatem per ſervum naniſci, quod & neceſſaria juris ratio ſuadet, cum enim ex cauſa peculiari etiam ignorantes, domini poſſeſſionem acquirerent, & infantes & furioſi potuerunt incipere poſſidere ex vulgari regula quæ habet: *Ex quibus cauſis ignorantibus dominis acquiritur ex eiſdem & furioſis acquiri poſſe l. ſi à furioſo 14. de reb. credit. l. ſi à furioſo 24. l. furioſus 46. de oblig. & act. §. ſui autem heredes 3. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* Nec ad rem facit textus *in dict. l. 25. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* qui longè diſſimilem ſententiam continet, eam ſcilicet quod quamvis per ſervum furioſum non poſſit dominus incipere poſſidere *dict. l. 1. §. cæterum 9. cum ſeq. eod. tit.* ſemel tamen per ſervum acquiſitam poſſeſſionem retinet, & ſi is furere cœperit exemplo coloni & inquilini, per quos etiam furioſos effectos poſſeſſio retinetur *dict. l. 31. §. ſi ſervus 3. de uſucap.* rurſus & ſervus captivi ex cauſa peculiari jure ſingulari poteſt incipere poſſidere & uſucapere, ut diſputabimus infra, & interim probant textus *in dict. l. 23. §. hi planè 2. ex quib. cauſ. maj. l. juſto 44. §. ult. de uſucap. l. in bello 12. §. facto 2. l. bona 22. §. quæ peculiari 3. l. poſtliminio 29. de captiv. & poſtlim. reverſ.*

3 Ulterius liber homo bona fide poſſeſſus quamvis bonæ fidei poſſeſſori ex re ejus & operis ſuis poſſeſſionem & uſucapiendi conditionem acquirat *l. 1. §. ſed & 6. de acquir. poſſeſſ. l. qui fundum 7. §. ult. pro emptore*, & extra has duas cauſas dominium poteſt ſibi acquirere *l. acquiruntur 10. §. idem placuit 4. de acquir. rer. dom.* Valent. *dict. lib. 1. tractat. 2. cap. 4. n. 14. cum ſeq.* per uſucapionem tamen ex nulla cauſa ſibi poteſt acquirere, quippè cum ab alio poſſideatur *l. ſi ſervus 34. de ſtipul. ſerv.* nihil poteſt poſ-

ſidere *l. homo liber* 54. *§. ult. de acquir. rer. dom. dict. l.* 1. *§.* 6. *in fin. de acquir. poſſeſſ.* textus ſic intelligendi *in dict. l.* 23. *in prin. ex quib. cauſ. maj. l. qui in ſervitute* 118. *de Reg. jur.* ubi Cujacius & Petrus Faber pariter & dominus licèt per ſervum ab alio bona fide poſſeſſum ejus quod nec ex operis ſuis, nec ex re bonæ fidei poſſeſſoris proficiſciiur dominium acquirat *l.* 10. *§.* 4. *de acquir. rer. dom.* Valent. *dict. cap.* 4. *n.* 16. *cum tribus ſeqq.* uſucapere tamen non poteſt adhuc ex cauſa peculiari *dict. l.* 54. *§. ult. de acquir. rer. dom.* ex defectu poſſeſſionis quam per ſervum non acquirit *dict. l.* 1. *§.* 6. *in fine de acquir. poſſeſſ.* non quia ſervum non poſſideat, cum nihil prohibeat aliquem acquirere poſſeſſionem per eum, quem non poſſideat, ut videre eſt in filiofamilias qui patri à quo non poſſidetur, poſſeſſionem acquirit *dict. l.* 1. *§.* 5. *&* 8. *de acquir. poſſeſſ.* & in ſervo in terminis textus *in l. ſi cui* 25. *§. licèt vulgo* 2. *de liberal. cauſ. l. ſi me* 34. *§. ult. de acquir. poſſeſſ.* ſed quia ſervus poſſidetur ab alio, nec poteſt quis per ſervum ab alio poſſeſſum poſſeſſionem acquirere *dict. l.* 1 *§. per ſervum* 14. *eod. tit.* ut contra Anton. Fabrum cum judicio ad aliam rem diſputat D. Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 11. *num.* 11.

4 Nec ex defectu perſonæ quæ poſſeſſionem acquirit, ceſſat uſucapio, ſed idem juris eſt, ſi adſit impedimentum ex parte rei quæ non poſſidetur, ut pone, qui ædes poſſidet, ſingulas res, ex quibus ædes conſtant, non poſſidet, & ſic quamvis ædes poſſit uſucapere, cæmenta tamen, tigna, lapides, & cæteras res ex quibus conſtat ædificium uſucapere non poteſt *l. in rem actio* 23. *§. ult. de rei vindic. l. adeo* 7. *§. illud* 11. *de acquir. rer. dom. l. qui univerſas* 30. *in prin. de acquir. poſſeſſ. l. eum qui* 23. *in prin. de uſucap. l.* 1. *§. ult. de tign. injuncto.* Rationem præſtat Javolenus *in dict. l.* 23. *de uſucap.* nam ſi quis ſingulas res ex quibus conſtat ædificium, intelligeretur poſſidere hoc ipſo ædes non poſſet poſſidere cum ſeparatis corporibus ex quibus ædes conſtant, ædium univerſitas intelligi non poſſit, & prætetea hoc idem probat ab abſurdo vitando, quia ſi ædes poſſidens res ſingulas ſimul poſſideret, ſequeretur quod eandem rem uſucaperet tanquam mobilem quoad ſuperficiem, & tanquam immobilem quoad ſolum, & quod ampliori tempore ſolum quam ſuperficiem uſucaperet quod eſſet abſurdum, nec juris rationi conſentaneum, quæ non patitur, ut uni eademque res diverſo jure cenſeatur & diverſis temporibus uſucapiatur *dict. l.* 23. *in prin. & §. ult. inſtit. de uſucap.* Accedit quod cæmenta ex quibus ædes conſtant, ſi quatenus ædificio cohærent, conſiderentur integrales ædium partes, textus ſic intelligendus *in l. ſi quis* 7. *in fine de except. rei judic.* nec hoc ſenſu ab ipſa ædium univerſitate quidquam differunt, ſi tamen tanquam ſingula, & ab ipſo ædificio ſeparata ſeu abſtracta inſpiciantur ædium partes dici non poſſunt, textus ſic intelligendus *in l. per jusjurandum* 13. *§. illud* 2. *de acceptil.* juncto Galvano *de uſufr. cap.* 2. *n. ult.* de cujus conciliatione cum *l. ſi urus* 17. *§. item* 8. *de pact.* videndus Anton. Fab. *in rational. ad dict. §.* 8. *dict. l.* 7. *§. ſed in cæmentis* 2. *de except. rei judic. l. nave* 36. *de evictionib.* pro cujus conciliatione *cum dict. l.* 23. . 1. *de uſucap.* conſulendus Cujacius *lib.* 23. *quæſt Papin. in l. ſi id quod* 73. *de leg.* 2. Valent. *lib.* 2. *illuſt. tract.* 4. *cap.* 3. *n.* 30. *cum ſeq.* Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 1. *§.* 2. *n.* 58. *cum duob. ſeqq.* & plures referens Arias de Meſa *lib.* 2. *var. cap.* 32. *n.* 24. *& præcipuè n.* 27. ergo dum ædibus cohærent non uſucapiuntur ex defectu poſſeſſionis, ſi vero ædificium dirutum ſit ex integro, debent poſſideri ut per tempus rerum mobilium uſucapioni requiſitum uſucapiantur, ita tamen ut tempus quo fuerunt in ædificio non attendatur ut concludit Conſultus *in dict. l.* 23. *§. ult. de uſucap.* contrarium tamen non obſervatur in his quæ rebus ſoli non implicantur, ſed mobilia permanent, ut ecce; ſi gemma annulo fuerit incluſa rectè uſucapitur, cum enim utrumque integrum maneat, poſſidetur *l. rerum* 30. *§.* 1. *verſ. quod ergo de uſucap.* & quamvis gemma annulo incluſa extincta dicatur *in §. ſi tamen* 26. *inſtit. de rer. diviſ.* id non eo pertinet ut non poſſideatur, ſed ideo dicitur, quod quando annulo cohæret pro extincta habetur quoad veterem Dominum, qui eam vindicare non poteſt *dict. l.* 23. *§. item* 5. *de rei vind. l. gemma* 6. *ad exhibend.* Donell. *lib.* 4. *comment. cap.* 37. diſſimilis etiam eſt cauſa eorum corporum quæ ex diſtantibus conſtant, hæc non uſucapiuntur, ut corpora unita ſive continua in quibus nullam circa uſucapionem dari quæſtionem ſcribit Pomponius *in dict. l.* 30. *in fin. prin. de uſucap.* nec tanquam cohærentia, ut ecce quamvis Grex unum corpus conſtituat *l. grege* 6. *de legat.* 2. *§. ſi grex* 18. *verſ. eſt autem, inſtit. de legat.* quia tamen ſingula animalium ſuam propriam ſubſtantiam retinent *dict. l.* 23. *§.* 5. *verſ. at in his de rei vindic. §. quod ſi frumentum* 28. *verſ. ſed nec magis inſtit. de rer. diviſ.* Donell. *lib.* 4. *cap.* 30. univerſi gregis nulla eſt uſucapio, ſed ſingula animalia ſicut ſeparatim poſſidentur, ſic & diviſim uſucapiuntur *dict. l.* 30. *§. ult. de uſucap.* Docet Aſſim. *ad rubr. noſtri tituli Cod. de uſucapionib. pro emptore n.* 78. *cum quatuor ſeqq.*

Sed ſuperiori doctrinæ deductæ ex dict. l. 23. 5
de uſucap. cum ſimilib opponi videtur textus *in l. ſi ego* 11. *§. idem* 6. *de public.* ubi quatenus dirutis ædibus, ea, quæ ædificio acceſſerunt per Publicianam petenda Ulpianus affirmat, ſupponit, quod ea ex quibus conſtat ædificium, ſimul cum ipſis ædibus poſſidentur & uſucapiuntur, cum Publiciana ei competat, qui cum eſſet in via uſucapionis poſſeſſionem amiſit *l.* 1. *l.* 7. *§. penult. l. cum* 12. *§. ult. de public. §. nam ſi cui* 4. *inſtit. de actionib.* Cui dubio ut occurramus, & ſimul alias difficultates, quæ adverſus regulam, qua poſſeſſionem ad uſucapionem exigimus, objici poſſent, explicemus, reſpondendum eſt quod quamvis Publiciana detur regulariter propter amiſſam poſſeſſionem ab eo, qui in via uſucapiendi erat ex dictis juribus, cum tamen ad inſtar proprietatis, & in ea eadem quæ in rei vindicatione obſerventur *l.* 7. *§. Publiciana* 6. *& §. in publiciana* 8. *de public. l. ſi cum venditor* 66. *de evict.* ſæpè competit nec amiſſa poſſeſſione, nec poſita uſucapiendi conditione illis videlicet caſibus, quibus etiam ſine poſſeſſione competeret vindicatio, ſi actor dominus eſſet, cujus rei exemplum inveniuntur *in dict. l.* 7. *§. ſi petenti* 7. *dict. l.* 11. . 2. *dict. l.* 12. *§.* 1. *de public.* Docent Donell. *lib.* 2. *cap.* 8. *& ibi* Oſualld. *litt.* O. Ex eadem ratione *in dict. l.* 17. *§* 6. qui ædes emit, quamvis ſingulas res ex quibus conſtat ædificium non poſſideat, poteſt dirutis ædibus, quæ ædificio acceſſerunt per Publicianam petere,

quam non impedit defectus poſſeſſionis, qui nec vindicationem poteſt impedire, ſi actor dominus fuiſſet, utpotè tranſlato dominio in emptorem, qui ſimul cum ædium univerſitate res ex quibus conſtat, ædificium emiſſe cenſetur *dict. l.* 23. §. 1. *de uſucap.* ſic docent quamvis non ſic expliceut Anton. Faber. *in ration. ad dict. l.* 11. §. 6. & Aſſim *ubi ſup. n.* 74. *in fine.*

6 Ex quibus præter interpretum captum illuſtrandus erit textus vulgaris *in l. ſi ſervus* 15. *de Publiciana* pro cujus expoſitione animadverto dominum per ſervum fugitivum extra cauſam peculiarem acquirere non poſſe poſſeſſionem ut expreſsè docet Conſultus *in dict. l.* 15. Ratio non ex eo provenit quod ſervus fugitivus à domino non poſſidebatur ut infrà videbimus, cum ſæpè quis acquirat poſſeſſionem per eum quem non poſſidet ut dixi *n.* 3. ſed ex eo quod ſervus extra cauſam peculiarem non niſi ſcienti domino poſſeſſionem acquirat ut *n.* 2. diximus, ſervi autem fugitivi dominus cum ignorans ſit *l. qui ſcit fugitivum* 17. *de ædil. edicto* utique nec per eum poterit poſſeſſionem acquirere, quia etſi deterior non poſſit fieri conditio dominorum per fugam *l. ult.* §. *ſervi* 4. *de publ. & vectig. l. rem* 15. *de acquir. poſſeſſ.* non tamen melior effici poteſt quam ſi fuga non interceſſiſſet, atqui ſi ſervus non fugiſſet poſſeſſionem ignoranti domino non acquireret, ergo fugitivus effectus domino ignoranti non poteſt poſſeſsionem acquirere; ad hæc non aliter poſſeſſio per ſervum domino acquiritur, quam ſi ſervi voluntas interveniat *l.* 1. §. *hac quæ* 19. *de acquir. poſſeſſ.* vis autem eſt ut ſervus fugitivus domino ad quem redeundi animum non habet *dict. l.* 17. *de ædil. edicto* velit poſſeſsionem acquirere; ſic contra plures quos refert & ſequitur Valent. *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 10. noviter & ſtrenuè fundat præceptor meus D. Didacus de la Serna *in repetitione academica ad tit. Digeſt. de acquir. poſſeſſ cap.* 2. *n.* 17. Ex peculiari autem cauſa quamvis regulariter dominus non poſsit per ſervum fugitivum ex defectu voluntatis poſſeſsio acquiri, textus ſic intelligendus *in l.* 54. §. *ult. de acquir. rer. dom.* ſi tamen ſervi voluntas intercedat quæ quamvis difficulter intercedere tamen poteſt, nihil impedit, ut dominus per eum quamvis fugitivum, etiam ignorans poſsideat, & uſucapiat ex eis quæ dixi *n.* 2. quibus terminis intelligendi erunt textus *in l.* 25. §. 2. *de liber. cauſ. l.* 1. §. *per ſervum* 1. *in fine l. ſi rem* 47. *verſ. idem l. per eum* 50. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* nec quod per fugam ceſſet peculii adminiſtratio *l. rogaſti* 11. §. *ult. de reb. credit. l. libera* 48. *de peculio* quidquam facit, hoc enim eo pertinet, ut ſervus ratione liberæ adminiſtrationis quam habebat, non poſsit aliquod præjudicium per alienationem domino inferre, ſeu ejus conditionem deteriorem efficere, non autem ut non poſſit meliorem domini conditionem reddere, quo reſpectu in eodem ſtatu manere peculium intelligitur, quo erat antè ſervi fugam, quæ nulla ex parte domino debet eſſe damnoſa ex regula textus *in l. ult.* §. 4. *de publ. & vectig.* ut in hoc rectè ſentit Valent. *dict. cap.* 20. *n.* 9. Quibus animadverſis *in dict. l.* 15. *de Publiciana* Docet Pomponius domino ſervi fugitivi qui rem à non domino emit Publicianam competere licèt rei traditæ poſſeſsionem per eum nactus non ſit, loquitur abſque dubio Conſultus de ſervo fugitivo qui cum peculium non haberet rem à non domino emit, & per traditionem accepit eo animo ut poſſeſsionem domino acquireret, quam tamen acquirere non potuit propter ignorantiam, & tamen aſſerit eo nomine Publicianam domino competere ex ea ratione, uti exiſtimo, quod Publicianam ut dicebam *n. præcedenti* etiam non amiſſa poſſeſſione competit his caſibus, quibus & competeret vindicatio ſi actor dominus fuiſſet, in præſenti autem ſi ſervus fugitivus rem à vero domino emiſſet, & per traditionem accepiſſet eo animo ut domino acquireret rem (quod neceſſario ſupponi debet ex regula textus *in l. per ſervum* 37. §. *quod* 4. & §. *ult. de acquir. rer. dom.* pro cujus concordia cum *l. qui mihi* 13. *de donat.* videndus Retes *de donat. cap.* 8. *n.* 1. *cum tribus ſeqq.*) procul dubio dominium acquiſiviſset, quod ad differentiam poſſeſſionis etiam ignoranti & invito domino poteſt per ſervum acquiri *l. etiam* 32. *de acquir. rer. dom.* ut non inſubtiliter probatur *ex dict. l.* 54. §. *ult. eod. tit.* ubi ſervus fugitivus æquiparatur ſervo proprio ab altero bona fide poſſeſſo, qui extra rem bonæ fidei poſſeſſoris, & operas ſuas, quamvis nec poſſeſſionem, nec uſucapiendi conditionem domino acquirat, dominium tamen rectè quærit ut conſtat *ex dicto n.* 3. & ſic ſi actor Dominus fuiſſet, poſſet ſervi fugitivi dominus rei vindicatione experiri, ac per conſequens non tranſlato dominio, etiamſi poſseſsionem nactus non ſit, poterit Publicianam intendere ex regula textus *in l.* 12. §. 1. *de public.*

7 Rurſùs ex eadem doctrina veniunt non vulgariter intelligendi textus *in l.* 9. §. *ult. cum leg. ſeq. de public.* pro quorum explicatione ſciendum eſt hæreditatem jacentem, quæ nec animum, nec detinendi factum, aut potentiam habet, poſſeſſionis eſſe incapacem *l.* 1. §. *Scævola* 15. *ſi is qui teſtam. liber eſſe juſſus eſt*, ſicuti cum eorum omniumque perſonæ factum deſiderant *l. hæreditas* 61. *in prin. &* §. 1. *de acquir. rer. dom. l. uſusfructus* 26. *de ſtipul. ſervor.* ac proindè nec incipere uſucapionem poſſe adhuc per ſervum hæreditarium qui non poteſt hæreditati poſſeſſionem acquirere *argumento textus in dict. l.* 26. quod adeò verum eſt ut ſi ſtrictum jus attendamus, nec quidem ex cauſa peculiari poſſit hæreditas per ſervum poſſidere aut uſucapere ex defectu perſonæ naturalis, ut docet Papinianus omninò ſic accipiendus *in l. præſcriptio* 45. §. 1. *de uſucap.* quamvis jure ſingulari contraria ex æquitate receptum ſit, quo ſenſu ne ſecum pugnet exaudiendus eſt Papinianus *in l.* 44. §. *nondum adita* 3. *eod.* & non intelligendus eſt textus *in dict. l.* 29. *de captivis* exemplo captivi, qui quamvis perſonam non habeat, ex cauſa tamen peculiari poteſt per ſervum jure ſingulari poſſidere & uſucapere *dict. l.* 29. *cum ſimilibus* docent Cujacius *lib.* 10. *reſponſ. Papin. in dict. l.* 45. §. 1. Anton. Faber *in Papin. tit.* 12. *quib. mod. jus patr. poteſt. ſolv. prin.* 8. *illat.* 26. Aſſim. *ad rubric. noſtri tituli n.* 203. *cum quatuor ſeqq.* nec obſtat quod civitas & univerſitas & mancipium ſunt perſonæ fictæ *l. licet* 7. §. *ult. quod cujuſq. univerſ. nom.* & hæreditati jacenti æquiparantur in l. mortuo 22. de fideijuſsorib. & quamvis ex defectu animi ſtricto jure nec per ſe, nec per ſervum poſsint poſsidere *l.* 1. §. *ult. de acquir. poſſeſſ.* ex æquitate tamen ex quacumque cauſa poſſeſsionem per ſervum aut aliam liberam perſonam veluti ſindicum poſsint acquirere *l.* 2. *eod. tit.* id quippè jure ſingulari receptum eſt, eo colore quod quamvis civitas utpotè à civibus abſtracta ſit perſona ficta, ex naturalibus tamen

conſtat perſonis poſſeſsionis capacibus, quod ſecus eſt in hæreditate, ſicuti ex eadem ratione receptum vidimus, quod qoamvis uſusfructus non poſsit penès jacentem hæreditatem perſiſtere *dict. l. 61. §. de acquir. poſſeſſ.* poſsit tamen penès civitatem aut mancipium reſidere *l. an uſusfructus 36. de uſufructu l. civitas 21. quib. mod. uſusf. amitt. l. Mævius 66. de legat. 2.* Duarenus *in paraphraſi ad tit. de acquir. poſſeſſ. in dict. l. 2.* Ramos *in extemporanea diſſertatione ad dict. l. 8. de uſufructu leg. n. 34. dict. l. 2. §. ſi uſusfructus 8. de uſufructu.* Cujacius *lib. 11.* & Papin. *in dict. l. 66. §. ult.* his ſuppoſitis docemur *in dict. l. 9. §. ult. de public.* quod ſi ſervus hæreditarius rem aliquam emerit, eamque ſibi traditam amiſerit, hæres rectè poteſt uti Publiciana, quia ipſe poſſediſſet, ſubjicit Paulus *in l. 1. cum ſeq.* nihil intereſſe an ſervus peculiari nomine rem emerit necnè cujus difficilis deciſionis ratio omiſsis quæ tradunt Cujacius *lib. 19. Pauli ad edict. in l. circa finem* & Antonius Faber *in ration. ad textum in dict. l. 9. §. ult. cum leg. ſeq.* ex eo deſumenda eſt, quod licet cum de uſucapione diſceptatur, multùm interſit an cauſa peculiari, an extra eam hæreditarius ſervus rem emerit & acceperit, ut jam vidimus, hoc tamen parum aut nihil refert quoad cauſam publicianam, quæ cum detur ad inſtar vindicationis adhuc non poſita uſucapiendi conditione, competit ubi ſervus hæreditarius rem quam ex emptione extra peculii cauſam contracta acceperat, amiſit; quippè ſi venditor dominus fuiſſet, etiam competat nomine poſt aditam hæreditatem hæres vindicationem haberet, utpotè qui in dominium ſucceſsiſſet quod ipſe ſervus hæreditati jacenti acquiſiiſſet, ut notum eſt, nunc autem ubi venditor dominus non fuit, debet habere publicianam *ex dict. n. 5.* hanc interpretationem quam ut propriam vindicat doctiſsimus Anteceſſor, præſenſit Aſsim. *ubi ſuprà n. 74. in fine.*

8 Sed adhuc ſine poſseſsione uſucapionem contingere ex eo probari videtur, quod qui ſine tutoris autoritate rem emit à pupillo, quem puberem eſse credebat poteſt uſucapere *l. 2. § ſi à pupillo 15. pro emptore junctis* quæ circa ejus explicationem dixi *præced. cap. n. 31.* qui tamen poſseſsionem non potuit acquirere, quam nec naturalem poteſt ſine tutoris autoritate quidem pupillus alienare *l. pupillus 11. de acquir. rer. dom.* verum omiſso Galvano *de uſufructu cap. 39. n. ult.* facilè reſpondetur, quod quamvis pupillus ſine tutoris autoritate corpore ſolam poſsit amittere poſseſsionem *l. 29. de acquir. poſſeſſ.* non animo propter ejus imbecillitatem *dict. l. 11.* ſic intelligenda *junct. dict. l. 29. in fine* tamen qui à pupillo rem accepit *in dict. l. 2. §. 15.* animo & facto proprio poſseſsionem & uſucapiendi conditionem acquirit, nec pupillus animo poſseſsionem amittit, ſed emptor adimit poſseſsionem; Santolar. *interpret. 21.* & alii quos ſequitur Retes *ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio n. 38. circa finem.* ad hanc etiam regulam quæ poſſeſsionem ad uſucapionem deſiderat referendus difficilis textus *in l. ſi ſervus 34. de uſucapionib.* ubi aſſerit Alphenus quod ſi ſervus inſciente ideſt ignorante Domino rem peculiarem vendiderit emptor poteſt uſucapere, quæ ſententia rejecta explicatione Cujacii *lib. 15. obſervat. cap. 28* ſic accipienda eſt: ſervus peculiatus, ſi quidem habeat liberam peculii adminiſtrationem ſecundum peculiarem poteſt diſtrahere *l. ſi quis 41. §. ult. de rei vindic. l. ſi convenerit 18. §. ult. de pignor. act. l. ſicut 8. §. paciſci 5. quibus mod. pign. vel hypoth. ſolv.* etſi res propria domini fuerit, dominium transfert, ſi alienam uſucapiendi conditionem, ſin autem liberam peculii adminiſtrationem non habeat, rem peculiarem, nec jure poteſt diſtrahere, nec dominium transferre, etſi res Domini propria ſit, uſucapiendi autem conditionem ita transfert, ſi emptor ejus conditionem ignoraret, vel ejus errore ductus, eum liberam peculii adminiſtrationem habere crediderit, diſertus textus *in l. ſi liberum 10. C. quòd cum eo qui in aliena poteſtate eſt*, niſi forſan res mobilis ſit, & per diſtractionem à ſervo mala fide callidoque conſilio factam, furtiva & ſic inuſucapibilis reddatur juxta terminos textus *in l. interdum 56. §. cum autem 3. de furtis. juncta regula textus in §. hic qui non poteſt 12. inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcuntur* ſic ultra Cujacium tenet Anton. Faber *in Papin. dict. tit. 12 prin. 8. illat. 26.* quem ſequitur Aſſim. *ad rubric. noſt. tit. n. 177. cum duob. ſeqq.* Nec uſucapionem in propoſito poteſt impedire defectus poſseſsionis, quam Dominus etiam ignorans amiſit *ex regula in dict. l. 44. §. ult. de acquir. poſſeſſ.* & emptor animo & facto proprio ſibi acquiſivit *ex regula l. 15. eod. tit.* Nec etiam obſtat textus *in l. ſi ſervus 14. de acquir. poſſeſſ. l. in uſucapione 15. §. ſed etſi aditio 3. de diverſ. & temporal. præſcript.* quos commodiori loco explicabimus.

Nec ad initium dumtaxat ſed ad progreſsum 9
uſucapionis poſseſsionem exigimus, quam continuam eſse debere, vel uſucapionis oſtendit definitio, ita ut uſurpata id eſt interrupta poſseſsione (nec enim quidquam aliud in præſenti uſurpatio eſt, quam interruptio *l. 2. de uſucap.*) uſucapionem interrumpi neceſse ſit, & licèt plures ſint modi poſseſsionis amittendæ, eos tamen ſupponere potiùs quam exponere ſtatui, pertinent quippè ad titulum de acquir. vel quorum commentarii à veſpertinis Anteceſsoribus diſcutiuntur, exempla ſolum interruptæ poſseſsionis, quæ ſub legibus ad uſucapionem ſpectantibus comperiuntur explicabo. Primum exemplum extat *in l. naturaliter 5. de uſucap.* ubi ſi quis de poſseſsione vi dejectus ſit, vel ſi alicui res mobilis eripiatur naturaliter poſseſsionem interrumpi traditur, quia quod vulgò dicitur ſemel acquiſitam poſseſsionem ſolo animo retineri *l. 3. §. ſed etſi 7. & §. ſaltus 11. dict. l. 25. §. ult. dict. l. 44. §. ult. cum duobus ſeqq. de acquirend. poſſeſſ.* ita verum eſt ſi cum animo facultas accedendi ad rem poſseſsam concurrat, ut probant prædicta jura *juncta l. quod cum eo 18. §. penult. & ult. eod.* Docent Donellus *lib. 5. comment. cap. 12.* & D. Retes *lib. 1. opuſc. cap. 14.* poſt furtum autem aut violentam dejectionem, ceſsat omninò facultas apprehendi rem ſubreptam aut vi poſseſsam, quod inducit interruptionem poſseſsionis, non ſolùm adversùs furem aut violentum dejectorem, ſed adversùs omnes, nec quidquam intereſt, an is qui uſurpaverit dominus ſit, necnè, ut dicitur *in dict. l. 5.* id eſt ſivè dominus, ſivè extraneus rem eripuerit ſivè, invaſerit, ita interrumpitur poſseſsio, ut nec contra dominum, nec contra alium quemlibet uſucapio currere poſſit, aut alicujus jus lædere, nec etiam refert, an qui rem cœperat uſucapere pro ſuo, id eſt ex oneroſa cauſa poſsideret, an lucrativa ut additur *in fin. dict. l. 5.* imò utroque caſu per furtum

aut violentam dejectionem poſſeſſio interrumpitur prout explicat Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 21. Secundum deſumitur *ex l. qui pro donato* 5. *pro donato* ubi qui ſervum, quem uſucapere cæperat antè impletam conditionem manumiſit, quamvis nihil egerit quoad cauſam manumiſſionis, quam ſervo cujus non duminium tractus fuerat, imponere non potuit ex regula textus. *in l.* 4. *& ferè per totum tit. C. de his qui à non Dom. manumiſſi ſunt*, occupare tamen deſinit, quia poſſeſſionem amiſit, quæ cum ſulo animo amittatur *l.* 3. *§. in amittendo* 6. *de acquir. poſſeſſ.* pro cujus conciliatione *cum l.* 8. *ejuſdem tit.* conſulendus D. Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 14. utique & per manumiſſionem amittitur *l. qui univerſus* 30. *§. item quod mobile* 4. *eod.* ex qua quantumvis inutili colligitur animus derelinquendi poſſeſſionem argumento textus *in dict. l.* 18. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ.* Donell. *dict. lib.* 5. *cap.* 18. conducunt textus *in dict. l. ult. de rebus eorum qui ſub tut. vel. cur. ſunt l.* 3. *§.* 1. *de fundo instructo l. licet transferat* 20. *l. legatum* 24. *§.* 1. *ad leg.* invehi quæ congerunt Anton. Gumes. *tom.* 2. *variar. cap.* 14. *n.* 16. & Olea *de ceſſione jur. tit.* 2. *quæſt.* 5. *ex n.* 21.

10 Tertium exemplum invenimus *in l. intereſſe* 39. *de acquir. poſſeſ.* ubi quamvis regulariter poſſeſſio in ſequeſtrum non transferatur ex cauſa depoſiti ſequeſtrarii ſicuti nec ex cauſa cujuſlibet alterius depoſiti *l. officium* 9. *de rei vindic. cum ſimilib.* & detentio ſequeſtri proſit victori quoad uſucapionem, ſicuti & detentio cujuſlibet alterius depoſiti prodeſſet deponenti, qui per depoſitarium poſſidet *dict. l.* 30. *§. ult. de acquir. poſſeſ.* ſi tamen amittendæ poſſeſſionis cauſa ſequeſtrum deponatur, & hoc apertè fuerit comprobatum, poſſeſſio interrumpitur, & in ſequeſtrum transfertur, nec partibus id eſt litigantibus qui rem depoſuerunt ad uſucapionem prodeſt, & in his terminis ſcilicet, depoſiti penès ſequeſtrum poſſeſſionis intelligi debet textus *in l. licet* 17. *§.* 1. *depoſiti* ex communi interpretatione quam poſt antiquiores defendunt Cujacius *lib.* 9. *obſervat. cap.* 33. Giſanius *in dict. l.* 39. Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 13. & ibi Oſſualdus *littera F.* Quartum comperimus *in l. qui bona fide* 19. *de acquir. poſſeſ.* ubi ſi bonæ fidei poſſeſſor fundo à domino conduxerit, ſtatim poſſidere deſinit & uſucapere, & idem procedit ſi fundum ab extraneo conduxerit, cum conductio pro traditione ſit, & locator poſſideat per conductorem *l. quædam mulier* 77. *de rei vindic. dict. l.* 25. *§.* 1. *de acquir. poſſeſ.* niſi forſan bonæ fidei poſſeſſor ſe poſſidere ignoraverit, textus ſic intelligendus *in l. ſi* 28. *eod. tit.* junctis Donello *dict. lib.* 5. *cap.* 13. & Petro Barboſ. *in l. ſi alienam* 11. *ſoluto matrim. n.* 105. *cum ſequentibus* Quintum exemplum apponit Javolenus *in l. ei à quo* 21. *de uſucap.* in bonæ fidei poſſeſſore, qui fundum quem uſucapere cæperat, domino locavit, ſignanter loquitur de locatione domino facta, quod ſi extraneo locaſſet etiam per conductorem poſſideret & uſucaperet, ubi autem domino locavit, hoc ipſo poſſeſſionem amiſit, & uſucapere deſiit, quia quamvis animum retinendæ poſſeſſionis per conductorem, cum tamen rei propriæ locatio non ſubſiſtat *l. neque pignus* 45. *de Reg. jur. l. qui rem* 20. *C. de locato* nec actio ei ſupereſt per quam rem à Domino poſſit recuperare, nec facultas rei apprehendendæ, & idem fortiori ratione dicendum eſt ſi poſſeſſor bonæ fidei fundum Domino vendiderit, quo caſu præter quam quod venditio non conſiſtit *l. ſuæ rei* 18. *de contrah. empt.* man feſtè voluit poſſeſſionem in emptorem transferre, ſic textum *in dict. l.* 21. explicat Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 12.

Sextum exemplum locum habet in eo qui ma- 11
teriam quam cæperat uſucapere, in ædificium conjecit qui poſſeſſionem amittit *l.* 1. *§. ult. de tigno junct.* ut conſtat *ex dict. n.* 4. & contra Donellum *dict. cap.* 12. optimè fundat Oſſuald *ibi litt. E*, ac proindè uſucapionem interpellat, ſed tunc difficilis textus eſt *in dict. l. rerum* 30. *§.* 1. *de uſucap.* cui ut reſpondeat Cujacius *ad pandectas* omiſſa Barthuli ſolutione, quæ facilè convincitur *ex l. ſervitus* 1. *de ſervitutib.* aſſerit quod ſicuti in illis cauſis ſic & in præſenti jure ſingulari receptum eſt, ut quamvis per injectionem in ædificium poſſeſſio interrumpatur, non tamen uſucapio interpelletur; Cujacium ſequuntur Antonius Faber *in rationali ad textum in l. denique* 19. *ex quibus cauſ. maj.* & noſter Anteceſſor D. Laurentius Sanctos de San Pedro *in manuſcript. ad librum regularum Licinii Rufini in l. ſine poſſeſſione de uſucap.* qui hujus ſingularitatis rationem deſumunt ex publica utilitate, ad quam maximè pertinet ob ornamentum civitatis ut ædificia conſtruantur *l.* 20. *§.* 10. *de nov. oper. nunciatione l. ult. ne quid in loco publ. fiat* ſed quamvis admittam jure ſingulari etiam interrupta poſſeſſione uſucapionem continuari in nonnullis caſibus quos poſteà recenſebo, in propoſito tamen nullam ſingularitatis rationem invenio, quia uſucapionis interruptio ædificii conſtructioni nullum affert impedimentum, cum ſi ædificium in proprio ſolo conſtructum ſit, materiæ dominus quamvis eam nondum uſucaptam non poſſit ædificio manente vindicare, & ſic in alieno quamvis uſucapta materia ſolo cedat *l.* 7. *§. cum in ſuo* 29. *inſtit. de rer. diviſ.* quapropter cum Oſſualdo *ubi ſuprà* quem ſequitur Aſtim *ad rubric. noſt. tit. n.* 71. *cum ſeq.* dicendum eſt Conſultum *in dict. l.* 30. *§.* 1. potius aſſerere eum qui materiam ad cujus uſucapionem decem dies ſupereſſent in ædificium conjeciſſet, uſucapere non poſſe, quamvis ædificium poſſediſſet, verba enim illa *nihilominus eum uſucapturum* negationem important, quamvis ſcriptum eſſet *nihilomagis eum uſucapturum* uti & *in l. qui* 7. *§.* 2. *pro emptore.* juncto ibi Cujacio *lib.* 44. *L. L. Jul.* qui adducit elegantem ad rem locum Varronis *lib.* 3. *de re ruſtica*, & *in l.* 2. *§.* 1. *de vi bon. raptor.* juncto ibi Dioniſio Gothofr do *& in l. Alexandrinus* 56. *de Decurionibus lib.* 10. quod ſibi voluiſſe Conſultum ex eo convincitur quod materiam injectam in ædificium opponit gemmæ annulo incluſæ, & eum reſpondeat per incluſionem gemmæ poſſeſſionem & uſucapionem non interrumpi, contrarium in caſu materiæ in ædificium concitæ reſpondiſſe dicendus eſt, potuit autem caſum magis dubitabilem propter temporis brevitatem quoad implendam uſucapionem deerat, cujus non habenda ratio videbatur, ſed cum tempus uſucapioni præfixum omninò debeat adimpleri *dict. l.* 14. deſeruit meritò interrupta poſſeſſione, quamvis ſolum decem dico ſupereſſent interrumpi uſucapionem reſpondit.

Septimum & ultimum exemplum ſuppeditat 12
interruptio poſſeſſionis per captivitatem contingens, quæ uſucapionem interrumpit *dict. l.* 19. *dict.*

dict. l. 23. §. 1. & 2. *ex quib. cauſ. maj. dict.* 23. §. 1. *de acquir. poſſeſſ. l. ſi is qui* 17. *de uſucap. dict. l.* 12. §. *facti* 2. *de captivis & poſtlim.* Nec enim captivus poteſt poſſeſſionem retinere, cum nec perſonam habeat, nec facultatem apprehendendi quam cum animo ſimul conjunctam eſſe debere ad retinendam poſſeſſionem diximus *n.* 9. imò nec reverſus poſtliminii poteſtate retro fingitur poſſediſſe; quamvis medio tempore poſſeſſio ab altero uſucapta non fuerit, ſed nova indiget poſſeſſione ut poſſit uſucapere, ut apparet ex dictis juribus, poſſeſſio, quippè tota facti eſt ut eum plutibus fundar Valentia *lib.* 1. *illuſt. tractat.* 2. *cap.* 2. *n.* 31. *cum ſeqq.* & quamvis fictio poſtliminii ad inſtar cæterarum fictionum circa factum verſetur, cum captivum reverſum nunquam captum fuiſſe, ſed ſemper in civitate manſiſſe, quod meri facti eſt, deleta captivitatis memoria retrocedat, facta tamen pro infectis ſumit ſolum quoad juris effectus, non quoad res facti, qualis eſt poſſeſſio, quæ urpote à naturali facultate pendentes juris diſpoſitioni non ſubjiciuntur, ſic perſpicuè ut ſolet ex aliis rem expedit Retes *lib.* 60. *opuſc. cap.* 11. *n.* 2. *qui n.* 9 videndus erit pro explicatione textus *in l.* 41. *in prin. de furtis.* Hæc citra controverſiam procedunt in his, quæ captivus per ſemetipſum ante captivitatem poſſidebat, an autem eorum quæ per ſubjectas ſuæ poteſtati perſonas veluti filiumfamilias aut ſervum, poſſidebat per captivitatem poſſeſſionem amittat non æquè expeditum éſt. D. Retes *ubi nuper n.* 10. *cum duobus ſeqq.* exiſtimat quod ſervi cœptam poſſeſſionem & uſucapionem ante Dominorum captivitatem ex quacumque cauſa etiam non peculiari continuare & perficere poſſunt. Certius tamen eſt multum intereſſe an ex cauſa peculiari, an extra eam filiifamilias uſucapere cœperint, ita ut ex cauſa peculiari poſſint cœptam ante patris aut Domini captivitatem uſucapionem continuare, quemadmodum & poſſunt jure ſingulari durante captivitate ex cauſa peculiari incipere poſſidere, & uſucapere, ita ut Patri aut Domino ab hoſtibus reverſo medii temporis poſſeſſio ad uſucapionem proſit ex Juliani ſententia, quæ adversùs Marcellum obtinuit; textus ſic intelligendi *in dict. l.* 23. §. 3. *ex quibus cauſ. maj. dict. l.* 15. *verſ. quod ſi ſervus de uſucap.* cujus pleniorem expoſitionem inferius dabimus *dict. l.* 12. §. 2. *dict. l.* 23. §. 3. *de captivis* extra cauſam autem peculiarem idem omnino obſervandum ſit, quod obſervaretur ſi captivus per ſe poſſidere cœpiſſet, ita ut per ſervum aut filium extra peculiarem cauſam incepta uſucapio, & captivitatem interrumpatur, & poſtliminii fictionem non admittat, nec patri aut Domino reverſo medium tempus prodeſſe poſſit, quemadmodum nec ſervus aut filius poſt patris aut Domini captivitatem poſſit incipere poſſidere, aut uſucapere *dict. l.* 4. §. *ult. de uſucap.* cum ceſſante jure ſingulari extra cauſam peculiarem captivus poſſeſſionem acquirere, nec ante captivitatem acquiſitam animo poſſet retinere Cujacius *lib.* 28. *quæſt. Papin. in dict. l.* 44. §. *ult.* quem parum conſpectè pro contraria opinione adducit D. Retes *in locis ſuperiori n. laudatis* Aſſim. *n.* 215. & D. Santos *n.* 9. *cum duob. ſeqq.*

13 His omnibus caſibus poſſeſſio naturaliter interrumpitur; per litis autem conteſtationem civiliter poſſeſſionem & uſucapionem interpellari vulgo dicitur, falſo tamen cum adhuc poſt litem conteſtatam uſucapionem currere ſeu non interpellari & abſolutu poſſeſſori cum effectu prodeſſe abſque ullo reſciſſionis motu affirment Conſulti *in dict. l. ſi poſt* 18. *de rei vindic. l.* 2. §. *ult. pro emptore l.* 2. *pro donato*, quamvis condemnato poſſeſsore verum ſit uſucapionem inter moras judicii completam reſcindi, & rem uſucaptam perindè reſtitui debere ac ſi uſucapta non fuiſset *dict. l.* 18. *de rei vind. l. Julianus* 9. §. *proindè* 6. *ad exhibendum* 3. *inſtit. de offic. jud.* ſententiæ poteſtate, cujus tempus retrotrahitur ad tempus litis conteſtatæ, & cujus vi res in judicium deducta in eadem cauſa reponitur in quà erat accipiendi judicii tempore *dict. l.* 9. §. *quartum* 5. *ad exhibend.* Donell. *lib.* 5. *comment. cap.* 21. & *lib.* 20. *cap.* 5. Oſſuald. *dict. lib.* 21. *litt. C.* niſi victus poſſeſſor rei æſtimationem perſolverit, qui mutata cauſa poſſeſſionis pro emptore incipit poſſidere, nec rem uſucaptam tenetur reſtituere *dict. l.* 2. §. *ult. pro emptore*, quod enim dicitur neminem ſibi poſſe cauſam poſſeſſionis mutare *l.* 3. §. *illud* 19. *de acquir. poſſeſſ. l.* 2. §. 1. *pro hærede* fallit, ſi nova cauſa extrinſecus accedat *l. non ſolum* 33. §. 1. *de uſucap. l. cum nemo* 5. *C. de acquir. poſseſs.* & ſi quidem quæratur an cauſa poſſeſſionis mutata interrumpatur uſucapio, cauſa extrinſecus accedens debet expectari, quæ ſi uſucapiendi facultatem poſſit præſtare, non ſolùm cœptam uſucapionem non interrumpit, ſed & initium præbet uſucapioni, ſi vetus poſſeſſionis cauſa erat ad uſucapionem inefficax *dict. l.* 23. §. 1. *de uſucap.* juncto ibi Cujacio *lib.* 44. ff. *Jul.* ſi nova poſſeſſionis cauſa inhabilis ſit ad uſucapionem, non ſolùm non poteſt incipere uſucapio, ſed & antè ex juſta cauſa cœpta interrumpitur ex defectu tituli ſeu quod idem eſt, ex defectu juſtæ poſſeſſionis, veluti ſi is qui pro hærede aut pro emptore uſucaperé cœperat precariò rogaverit, uſucapere non poterit *l. cum pro hærede* 6. *in prin. pro emptore*, mutata enim extrinſecus cauſa poſſeſſionis per precarium vetus juſta poſſeſsio interrumpitur, & ſola ſupereſt precaria poſſeſsio, quæ juſta non eſt quoad cauſam uſucapionis *dict. l. quæcumque* 13. §. 1. *de public.* ſuperior autem doctrina in uſucapione procedit, an verò longi temporis præſcriptio interrumpatur per litis conteſtationem ingens eſt quæſtio? quam utpotè ab inſtituto noſtro in quo ſolum de uſucapionibus tractamus alienam omitto. Videndi circa eam ſunt textus *in l.* 13. *pro emptore l. Mare* 26. §. 2. *l. nemo* 10. *C. de acquir. poſſeſ. l.* 1. & 2. *l. nec bona fide* 10. *C. de præſcript. long. temp. l.* 2. *C. de annal. except.* & pro eorum intelligentia adeundi præter Donell. & Oſſuald. & ab eo relatos ubi proximè Fachineus *lib.* 8. *controv. cap.* 30. Aſsim. *ad rubric. noſt. tit. n.* 37. *cum duobus ſeqq.* Mela *part.* 2. *de præſcript. cap.* 2. *n.* 4. *cum duobus ſeqq.* Gomez *cap.* 4. *ut lite pendente* 24. *n.* 8.

Quod hactenus diximus interrupta poſſeſsione 14
interrumpi uſucapionem regulare eſt, at non perpetuum aliquando jure ſingulari ritè cœptam uſucapionem non interpellat poſſeſsionis interruptio, nec ideò jus fingit poſseſsionem, ſed ejus effectum concedit. Primus caſus eſt ſi ſervus fugerit à bonæ fidei poſseſsore, qui licèt ſervum fugitivum non poſsideat *dict. l.* 54. §. 2. *de acquir. rer. domin. dic. lib.* 27. §. 2. *de liberali cauſa* cum ejus apprehendendi facultatem non habeat, utilitatis cauſa tamen ne

aliquod per ſervi fugam experiatur diſpendium etiam interrupta poſſeſſione poteſt uſucapere *l. ſi à bona fidei poſſeſſore* 21. *de rei vindic. l.* 1. §. *per ſervum* 14. *de acquir. poſſeſ. l. in acceſſione* 8. *de diverſ. & temporal. præſcript.* & in hoc ſenſu expreſſa nota improprietatis ſervum fugirivom poſſideri videri aſſeront Conſulti *in dict. l.* 13. *in prin. l. rem* 15. *de acquir. poſſeſ.* Id eſt iu veritate quidem non poſſideri, ſed intelligi poſſideri quoad effectum uſucapionis quæ perindè continuatur, ac ſi poſſeſſio non fuerir per fugam interrupta & expreſſius Ulpianus *in l. ſervus* 17. §. *ult. de furtis* cum dixiſſet: *poſſidere ſervum eo tempore quo in fuga eſt videor.* ſtatim ſuam mentem apetuit his verbis *quod enim videor poſſidere ad uſucapionem tantum mihi proficere Julianus ſcribit* ex quibus explicandi ſunt textus qui ſervum fugitivum ſimpliciter poſſideri docent *in l. arboribus* 12. §. *de illo* 3. *de uſufructu l. Celſus* 5. §. *ult. ad exhibendum*, & occurri facilè poterit his quæ probant ſervum fugitivum non ſolùm quoad uſucapionem, ſed quoad omnia verè poſſideri. Latè diſputant cum pluribus Valent. *dict. lib.* 1. *tractat.* 2. *cap.* 10. *per tot.* Oroz. *lib.* 4. *de apicibus cap.* 18. *n.* 10. *cum ſeq.* Suarez de Mendoza *ad leg. Aquiliam lib.* 1. *cap.* 5. *ſect.* 5. *n.* 8. *cum ſeq.* nec adverſatur textus *in l.* 47. *verſ. idem ſcribit de acquir. poſſeſ.* cujus genuinam intelligentiam adducit valentia *dict. cap.* 10. *n.* 6. ex qua facilis textus eſt illuſtrandus *in l.* 3. §. *Nerva* 13. *eod. tit.* ubi extat ſententia Nervæ qua utitur Papinianus *in dict. l.* 47. verum hæc doctrina duplicem patitur limitationem; Prima eſt ſi ſervus fu gitivus ab altero poſſideatur, quo caſu effectus poſſeſſionis non retinetur, id eſt uſucapio interpellatur *dict. l.* 12. §. *idem* 4. *de uſufruct. l.* 1. §. 14. *dict. l.* 47. *de acquir. poſſeſ.* ſtante namque vera poſſeſſione ex parte alterius, nec jure ſingulari poteſt uſucapio continuari ut poſteà dicemus. Secunda eſt ſi ſervus ſine dolo malo ut fieri poteſt *l. igitur* 12. §. *& generaliter* 3. *de liberal. cauſ.* diù in libertate moratus ſit, & paratus liberale judicium pati, tunc ceſſat effectus poſſeſſionis, quem proprio facto bonæ fidei poſſeſſor amiſit, qui hoc ipſo quod ſervum in libertate morari permiſit, animum abjecit poſſidendi ſine quo currere non poteſt uſucapio *dict. l.* 3. *l. ſi ſervus* 10. *de acquir. poſſeſ. dict. l.* 15. §. 1. *de uſucap.* ſi verò ſervus ex ſervitute in libertatem proclamaverit, quamvis ex lege duodecim tabularum datis pro libertate vindiciis pro libero habeatur; ot poſſit liberale judicium ritè peragere *l. ſervum* 33. §. 1. *de procurator. l. ordinata* 34. *de liberali cauſ. cum ſimilib.* & hoc reſpectu non poſſideri dicatur *in dict. l.* 12. §. 2. *eod. tit.* tamen donec fuerit liber prononciatus quoad effectum continuandæ uſucapionis intelligitur poſſideri *dict. l.* 3. §. 10. *de acquir. poſſeſ.* ubi Cujacius ad pandect. Valent. *dict. cap.* 10. *n. ult.* Larreateg. *lib.* 6. *ſelectar. cap.* 4. *ex n.* 3.

15 Secundus caſus eſt, ſi debitor rem quam incœperat uſucapere ex cauſa pignoris creditori tradiderit, tunc quamvis ſtricta poſſeſſio ſit penès creditorem in communi & veriori ſententia quam probant textus *in l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de noxalibus l. cum & ſortis* 35. §. 1. *de pignor. act. cum vulgat.* & latè fundat Valent. *dict. lib.* 1. *tractat.* 2. *cap.* 11. *per tot.* Oroz. *dict. lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 3. Bachovius *diſput.* 21. *Theſi* 4. *litt. F.* poteſt debitor interrupta poſſeſſione uſucapionem continuare, & ad eum effectum poſſidere videri, & intelligi dicitur ut perindè uſucapionem perficiat ac ſi poſſeſſionem non amiſiſſet *l.* 1. . *per ſervum* 15. *l. qui* 36. *de acquir. poſſeſ. l. ſervi* 16. *l. non ſolùm* 36. §. *qui pignus* 4. *de uſucap.* Galvanus *de uſufr. cap.* 33. *n.* 7. quod jure ſingulari receptum eſſe omnes fatentur. Hujus autem ſingulariraris rationem ex eo pendere exiſtimo, quod cum pignoris contractus ſit ad humanum commercium ſummè neceſſarius, adeò ut ejus utilitatem irrepſiſſe ſcribat Ulpianus *in l. qui autem* 14. §. . *de conſtit. pecun.* nec bonæ fidei poſſeſſores ſi propter interruptam poſſeſſionem uſucapere deſinerent à conſtituendo pignore arcerentur extorſit utilitas, ut interpellata per pignus poſſeſſione uſucapio curreret, tum in grariam debitoris qui lucrum ſentit uſucapionis, tum & in favorem creditoris, cujus ſecuritas, quæ tota pendet ex jure debitoris *l.* 3. §. 1. *l. ſi ab eo* 18. *de pignorib.* acquiſito à debitore dominio per uſucapionem confirmatur, undè cum debitor amiſſa poſſeſſione poſſit uſucapere, fortiori ratione continuare, ſi rem pignori datam, aut ejus poſſeſſionem precario rogaverit, poterit uſucapere, cum plus juris habeat, qui precariò rogavit, quam qui omninò non poſſidet d. *l.* 36. *de acquir. poſſeſ. dict. l.* 33. §. *ult. verſ. facilius de uſucap.* quibus refragari videtur difficilis textus *in l. quod à ſervo* 56. *de oblig. & act.* quem opportuniori loco exponendum relinquo. Hæc rectè dicuntur ſi bonæ fidei poſſeſſor rem extraneo pignori dederit, ac ſi eam domino quamvis ignoranti pignoris nomine tradiderit, cum inutile ſit pignus deſinit uſucapere *dict. l.* 33. §. *ſi rem* 5. *de uſucap. ex dictis n.* 10. pro explicatione textus *in dict. l.* 21. *eod. tit.* quibus & illud addendum dominum quantumvis ignorantem rei propriæ pignoris nomine acceptæ poſſeſſionem adipiſci propter animum habitualem rem propriam poſſidendi, qui poſita detentione ſufficit ad acquirendam poſſeſſionem *l.* 2. §. 1. *pro emptore*, junctis quæ dixi *præcedenti cap. n.* 30. & data vera poſſeſſione ex parte domini non pignoris jure, ſed proprio non poſſe debitorem intelligi poſſidere, ſeu effectum poſſeſſionis quoad uſucapionem habere, & ex eadem ratione etiam uſucapio interrumpitur, ſi pignus ab initio inutiliter conſtitutum inutile eſſe cœperit ex cauſa acquiſiti dominii á creditore *l. ſi rem alienam* 29. *de pignor. act.* niſi nuda conventione pignus contractum ſit, quo caſu adhuc debitor poterit uſucapere quia nullum pignus contractum eſt *dict. l.* 33. §. 5. quæ ratio omiſſo Cujacio *lib.* 44. *ff. Juliani* in eo textu eam vim habet, ni fallor, ubi bonæ fidei poſſeſſor rem domino nuda conventione obligavit, non ſolùm inutile eſt pignus in ratione pignoris, ſed & in ordine ad tranſlationem poſſeſſionis, quæ cùm nec ex cauſa utilis hypothecæ in creditorem transferatur *l. ſi rem* 9. §. 2. *de pignor. act.* multò minùs poterit in dominium per inutilem hypothecam transferri, & ſic debitor tanquam verè poſſidens non ſingulari ſed commoni jure poterit cœptam uſucapionem perficere.

Igitur poterit debitor rem pignori datam uſucapere vel jure ſingulari ſi poſſeſſio ex cauſa pignoris penès creditorem permaneat, vel jure communi ſi ipſe poſſeſſionem nactus fuerit, ut eleganter declarat Julianus *in dict. l.* 33. §. *ult. verſ. ſed ſi de uſucap.* juncto ibi Cujacio 44. *ff. Jul.* alioquin ſi nec debitor poſſideat, vel ſi credi- 16

tor poſſeſſionem amiſerit, vel mutata cauſa poſſeſſionis injuſtè poſſidere cœperit, uſucapio debitoris interrumpitur, veluti ſi creditor rem quam ex cauſa pignoris acceperit, alteri pignoris nomine tradiderit, & ſic poſſeſſionem in ſuum creditorem transſtulerit, non ſi nuda conventione obligaverit *dict. l. 33. §. 4. in fine*, aut ſi rem pignori acceptam aliis tradiderit quamvis ex cauſa commodari *dict. l. 33. §. 4. de furtis* quippe cum furtum committatur *l. ſi pignori 54. de furtis* mutata per furtum poſſeſſionis cauſa deſinit ex cauſa pignoris & incipit injuſtè poſſidere, nec per pignus, ſed per furtum poſſeſſionem intervertit, & uſucapionem interpellat, ex *regula textus in l. 5. de uſucap.* Sed objici poteſt textus *in l. 30. §. ult. de acquir. poſſeſſ.* ubi quod aſſeritur locatorem, aut deponentem poſſeſſionem retinere, etſi colonus fundum alteri locaverit, vel depoſitarius rem penes alterum depoſuerit perſpicuum eſt, cum nihil prohibeat conductorem rem alteri locare, aut depoſitarium rem penes alterum deponere, vel rem alteri cuſtodiendam dare *l. ſi is 16. depoſiti. l. 25. §. 1. de acquir. poſſeſſ. l. nemo 6. C. de locato*, quod autem dicitur commodantem poſſeſſionem retinere, etſi commodatarius rem aliis rurſus commodaverit difficillimum eſt, cum commodatarius hoc ipſo furtum committit *dict. l. 54. §. 1. de furtis* pro ſolutione tamen omiſſis & Accurſio & Cujacio *ad pandect. in dict. l. 3. §. ult.* reſpondendum eſt ita demum commodantem retinere poſſeſſionem, ſi commodatarius furtum non commiſerit, dum rem commodavit, quod ita contingit ſi ſecundus commodatarius rem ejus eſſe crediderit ut in textu exprimitur, & ipſi ſibi licere rem alteri commodare exiſtimaverit, quod neceſſariò ſupponendum eſt, alioquin furtum committeret & poſſeſſionem interverteret ut *in dict. l. 33. §. 4.* ubi creditor qui rem commodaverit, quia furtum commiſit poſſeſſionem intervertit, & uſucapionem interpellavit, tradit Valeron *lib. ſingular. animadverſ. cap.* 8.

17 Tertius caſus eſt in hæreditate jacente, quæ quamvis poſſeſſionis ſit expers ut dixi *n.* 7. cœptam tamen à defuncto uſucapionem jure ſingulari ſine poſſeſſione poteſt continuare *l. 31. §. 5. l. cœptam 40. l. 44. §. nondum 3. eod. tit. l. 6. §. ult. cum leg. ſequenti in princ. pro emptore* quod omninò recipi oportuit, ne ſi interrupta poſſeſſione per mortem poſſeſſione interrumperetur uſucapio, frequens mortis caſus bono publico uſucapionis illuderet, nec ſolum obtinet jacente hæreditate, ſed & poſt ejus aditionem ante apprehenſam poſſeſſionem rerum hæreditariarum, ita ut hæres, qui poſt aditionem, poſſeſſionem, quæ non fuit in hæreditate ad differentiam dominii ante apprehenſionem non acquirit *l. 23. in prin. de acquir. poſſeſſ.* quamvis ſuus hæres ſit ut ſolidè fundat Aſſim. *ad rubricam noſtri tituli n. 159. cum duobus ſeqq.* poſſit poſt aditionem etiam ante apprehenſionem poſſeſſionis ex eodem jure ſingulari cœptam uſucapionem perficere *dict. l. 31. §. 5. de uſucap. dict. l. 6. §. ult cum leg. ſeq. pro emptore*, ex ea ratione uti ego cenſeo, quod alioquin ſi jus illud ſingulare intra tempus jacentis hæreditatis contineretur, neque ad tempus vacuum quòd inter aditionem hæreditatis, & acquiſitionem poſſeſſionis intercederet extenderetur, ſæpe fruſtraneum redderetur, & inane, parumque intereſſet jacente hæreditate uſucapionem continuare, quæ aditione ſecuta foret interrumpenda propter defectum poſſeſſionis medio illo tempore inter aditionem & apprehenſionem, quapropter ſemel recepto, jacentem hæreditatem uſucapionem continuare, ex conſequenti receptum eſt, etiam hæredem poſt aditionem ſine poſſeſſione poſſe uſucapionem perficere, & vacuum illud tempus perinde computari, & ad uſucapionem prodeſſe, ac tempus jacentis hæreditatis Ex quo principio quamvis non ſic intellecto difficilem ad rem aliam textum *in l. 2. §. 1. expilatæ hæred.* non intelligitur, explicat Retes *lib. 7. opuſc. cap. 2. n. 25.* accedit quod ad hæredem per aditionem ea omnia transferuntur quæ fuerunt hæreditatis *dict. l. 23. de acquir. poſſeſſ.* atqui jus uſucapionis à defuncto cœptæ continuandæ hæreditatis fuit, ergo ad hæredem per aditionem ſine poſſeſſione præcisè transfunditur, & id ſibi voluiſſe exiſtimo Javolenum *in l. hæres 22. de uſucap.* dum dixit quod hæres & hæreditas unius perſonæ vicem funguntur, quæ ſententia ut à rubro ſub quo jacet non ſit aliena, meo judicio ſic exponenda eſt; hæres ſuccedit in locum hæreditatis, ejus vice fungitur, & omne quod ejus fuit acquirit, ac proinde jus continuandæ uſucapionis quod fuit penes hæreditatem nanciſcitur. Quod adeo verum eſt, ut etiam hæredi ulteriori defuncti poſſeſſio, & vacuum tempus ad uſucapionem perficiat, & ſi medius hæres non poſſideret *l. 2. §. etiam 18. pro emptore* textus ſic intelligendus cum Aſſim *ubi nuper n. 15. in l. 13. §. non autem 5. de acquir. poſſeſſ.* juxta negativam vulgatam & Haloandri lectionem, quam etiam Florentinæ præferunt, quamvis aliter textum intelligat Retes *lib. 13. opuſc. ad legem 14. §. 1. de diverſ. & temporal. n. 5.* quæ omnia ita accipienda ſunt ſi medio tempore inter mortem & aditionem, aut inter aditionem & apprehenſionem ab altero poſſeſſio occupata non fuit, alioquin jure ſingulari ceſſante, quod ex parte alterius ſtante poſſeſſione, conquieſcit uſucapio interrumpitur *l. poſſeſſio 20. de uſucap. dict. l. 6. §. ult. pro emptore*; textus ſic accipiendus *in dict. l. 13. §. 4. de acquir. poſſeſſ.* ex doctrina Cujacii *ad pandect. in dict. l. 13. §. 3.* & Olüaldi *lib. 5. comment. cap. 20. litt. I.*

Ex hoc jure ſingulari facilè explicatur textus *in dict. l. §. quod per colonum 5. de acquir. poſſeſſ.* ubi elegans diſcrimen inter poſſeſſionem & uſucapionem adhibet Paulus, nempè id quod defunctus per colonum poſſidebat hæres niſi poſſeſſionem ſit nactus poſſidere non poteſt, poſſeſſio enim quæ tota facti eſt, ſicuti non manſit in hæreditate, ſic, nec ipſo jure potuit in hæredem transferri, ut quod defunctus per Colonum uſucapiebat, hæres etiam ſine poſſeſſione jure ſingulari poteſt uſucapere ex jam dictis, prout docent Cujac. & Giphanius *in dict. §. 5.* Diverſum jus obſervatur ſi colonus per quem qui uſucapiebat deceſſerit, tunc enim non ſingulari ſed communi jure currit uſucapio, cum nec fuerit interrupta poſſeſſio, non quaſi manſerit in hæreditate coloni, ſed quia à bonæ fidei poſſeſſore animo retinetur *l. 3. §. ſi quis 8. vers. quod ſi ſervus l. 25. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* Nec contrarius eſt Africanus *in l. ſi 40. §. 1. eod.* ubi quod aſſerit propter utilitatem introductum eſt, ut mortuo colono 18

poſſeſſio retineatur non eſt intelligendum de jure ſingulari quo cœpta à defuncto uſucapio, jacente hæreditare completur, ſed de generali beniguitate qua effectum eſt ut ſolo animo poſſeſſio retineatur de qua Valentia *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 26. quod ſine controverſia viget in caſu mortis coloni, ut ſi colonus à re conducta deceſſerit, quæſtio exiſtit inter Proculum & Sabinum cujus veſtigia comperiuntur *in l. cum quis* 31. *de dolo dict. l.* 3. §. 8. *l. ſi colonus* 31. *dict. l.* 40. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* quam Juſtinianus ſubmovit *in l. ult. eod. tit.* ſtatuens obi idem obſervatut in caſu diſceſſus quod obtinet in caſu mortis coloni, ſie ex bona fide cenſentes explicant Gyphanius *in dict. l.* 40. §. 1. Cujacius *ubi tract.* 7. *ad Affricanum* Merillus *ad* 30. *deciſiones Juſtiniani d. l. ult.* quamvis nou me lateat non nullos magni nominis veſpertinos Anteceſſores ad titulum de acquir. poſſeſſione repetentes Conſulrorum controverſiam non admittere & aliter præfatos textus intelligere.

19 Sed hærediratem jacentem quamvis non acquirere, retinere tamen poſſeſſionem poſſe, ac per conſequens non ſingulari ſed communi jure uſucapionem continuare, ex eo non inſubtiliter probari videtur, quod hæreditas jacens quamvis utpotè perſona ficta corpotis & animi expers nec acquirendi, nec retinendi poſſeſſionem animum habeat, tamen ex eadem ratione nec animum amittendi habet, atqui non dato animo amittendi, quamvis non detur animus retinendi poſſeſſio retinetur, ergo hæreditas jacens defuncti poſtèſſionem retinet; minor præterquam quod ſciris probatur *ex l.* 8. *de acquir. poſſeſſ. cum ſimilibus* quibus ſine amittendi animo poſſeſſionem non amitti traditur, eleganter ex electo ad rem textu *in l. ſi is qui* 27. *eod. tit.* ubi furioſus qui ex animi defectu poſſeſſionem acquirere non poteſt, retinet tamen ante furorem acquiſitam poſſeſſionem, ex eo ſolum quod licet animum non habeat retinendi, nec animum habet amittendi, id ipſum cernitur in hæreditare, quæ nec amittendi animum poteſt babere, quo reſpectu videtur Pomponius *in dict. l.* 25. §. 1. *eod.* dum caſum furioſi cum caſu mortis conjungit, & furioſum ſimilem mortuo facit, ergo hæreditas jacens ex defectu animi amittendi ad inſtar furioſi acquiſitam à defuncto poſſeſſionem retinebit, quod & docuiſſe videntur Conſulti in vulgaribus juribus *in l. cum miles* 30. *ex quibus cauſis l. gerit* 88. *de acquir. hæred.* pro cujus difficultatis ſolutione inter hæreditatem & furioſum eam differentiam conſtituo, quod hæreditas ſicur nou habet animum amittendi, ſic nec naturalem perſonam nec facultatem naturalem apprehendendi, ſine quibus poſſeſſio, quæ tota facti eſt nequit retineri; at ex contrario furioſus, quamvis amittendi animum non habear, cum nec conſentire uec diſſentire poſſit *l.* 8. §. 2. *de optione leg.* naturalem tamen habet perſonam ut dicitur *l.* 4. §. 3. *verſ. ſed hæc de uſucap.* capacem facti & naturalis inſiſtentiæ ſeu facultatis apprehendendi, & ſic retinet poſſeſſionem ad inſtar dormientis cui æquiparatur *in l.* 18. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* quod non, & ſtricto jure procedit, quo attento animus exigitur ad retinendam poſſeſſinnem, ſed utilitatis cauſa ne languor animi damnum etiam in bonis afferat ſuaſit ut furioſus quia non haber animum amittendi, & facti capax eſt ante furorem poſſeſſinnem acquſitam retineret, & uſucapionem continuaret *dict. l.* 4. §. 3. *l.* 44. §. 6. *de uſucap.* ſic docent quamvis non ſie explicent Valent. *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 6. *ex n.* 4. & Oroz *lib.* 4. *cap.* 11. *n.* 6. *cum ſeq.* Nee tunc obſtat textus *in l.* 25. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* qui erir intelligendus ex *dict. n.* 2. & *præced.* Nee magis obſtant rextus *in dict. l.* 30. *ex quib. cauſ.* & *in dict l.* 88. *de acquir. hæred.* qui faciles habent explicatus. Conſulendum cum pluribus quos refert Valent. *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *n.* 14. *cum duobus ſeqq.*

Ex quibus non nulli ex antiquis & modernis 20
plures quos ſequitur D. Retes *lib.* 6. *opuſcul. cap.* 11. *n.* 13. *cum duobus ſeqq.* affirmant quod quamvis per captivitatem ita poſſeſſio interrumpatur, ut nè ab hoſtibus reverſo poſtliminii poteſtate poſſit ad uſucapionem prodeſſe ut *n.* 12. dixi; ſi tameo captivus ad ſuos reverſus non fuerit, ſed in captivitate deceſſerit jure ſingulari, cui cauſam præſtar legis Corneliæ poteſtas, uſucapio continuatur & impletur, quam opinionem ſie fundant: Qui apud hoſtes moritur ulrimo captivitatis inſtanti, & ſic civis Romanus fingitur deceſſiſſe per legem Corneliam, quæ ſtatim ab eo inſtanti hæreditatem inducit *dict. l.* 44. §. *ult. de uſucap. l. pater* 10. *dict. l.* 12. §. 1. *l. in omnibus* 18. *de captivis* junctis quæ tradunt Coſta *in cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. 2. *parte teſtatore mortuo n.* 15. & Santolalia *interpret.* 22. ergo cum propter fictionem legis Corneliæ poſſeſſio non per captivitatem, ſed per mortem naturalem quæ ad ultimum captivitatis inſtans retrotrahitur intertupta inveniatur, jure ſingulari jacens hæreditas ex eodem inſtanti inducta poterit uſucapere continuare. Concludunt itaque pleniorem eſſe quoad uſucapionem fictionem legis Corneliæ, quam poſtliminii & id Paulum ſenſiſſe in obſcuro ſane textu *in l. ſi is qui* 15. *de uſucapiombus* cujus ultimum verſiculum detracta negatione juxta vulgatum librum legendum contendunt, ſed quamvis hæc opinio altas adeo in ſchola noſtra radices egerit, ut tanquam tritum principium ſupponatur potius quam ad examen vocetur, mihi rem diu nec ſine cauſa penſanti, nou ſolum Pauli menti, ſed & juris rationi maximi videtur contraria & placet ſententia Pauli Caſtrenſis & omnium ferè antiquorum *in dict. l.* 15. Donelli *dict. lib.* 5. *cap.* 20. Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 18. *n.* 4. & Aſſim. *ad rubricam noſt. tit ex n.* 187. aſſerentium ſemel per captivitatem interruptam uſucapionem, etiam apud hoſtes decedente captivo jure ſingulari oon continuari, nec legis Corneliæ fictionem hæredibus captivi ad uſucapionem prodeſſe, nam quod diximus cœptam à defuncto uſucapionem ſingulari jure jacente hæreditare procedere, ita procedit ſi poſſeſſio per mortem ſit interrupta, ſi verò antè mortem fuerit uſurpata, jure ſingulari ceſſante, non poteſt hæreditas uſucapionem continuare, cum foret abſurdum, hæreditatem jure ſingulari uſucapionem continuare, quam ipſe defunctus, dum erat in rebus humanis, continuare poſſe deſierat, atqui quamvis captivus apud hoſtes decedat, ſemper verum eſt quod in vita per captivitatem deſiit poſſidere, ſeu quod per captivitatem ante mortem naturalem fuit interrupta poſſeſſio, Et quamvis lex Cornelia

Digitized by Google

ſingat captivum ultimo captivitatis inſtanti deceſſiſſe, & tempus mortis naturalis cum ultimo captivitatis inſtanti conjungat, tamen nec captivum in vita poſſidere non deſiiſſe, nec poſſeſſionem, non per captivitatem, ſed per mortem naturalem fuiſſe interruptam poteſt fingere, deſinere etenim poſſidere, ſicuti & poſſidere facti eſt, & ſimilitèr interrumpi poſſeſſionem per captivitatem, aut uſurpari per mortem naturalem meri facti eſt, facta autem pro infectis nulla lege aut fictione haberi poſſunt *dict. l.* 12. §. 2. *de captivis*; ergo etiam apud hoſtes decedente captivo non poteſt uſucapio per hæreditatem legis Corneliæ poteſtate inducta jure ſingulari continuari, hoc ipſum oſtenditur ex paritate poſtliminii, quod etſi captivitatis memoriam aboleat, & captivum reverſum ſemper in civitate manſiſſe fingat, perinde ac ſi captivitas non interveniſſet, quia tamen revera per captivitatem poſſeſſio fuit interrupta, & interruptio tota facti eſt, nec poſſit efficere ut poſſeſſio non intelligeretur per captivitatem interrupta, nec magis fingere, ut reverſus ac ſi captus non fuiſſet, animo retinuiſſe poſſeſſionem crederetur ut dixi *n.* 12. ergo nec lex Cornelia poteſt fingere poſſeſſionem antè mortem naturalem captivi interruptam non fuiſſe, nec ſtante hujuſmodi interruptione jacens hæreditas poteſt uſucapionem continuare; Denique fictio legis corneliæ ad inſtar fictionis poſtliminii non modo retrotractiva, ſed & ſuſpenſiva eſt, parſque ſuſpenſiva ſubſervit parti retrotractivæ tanquam principaliori, adeò ut ea ſolum reverſo, aut captivi hæredibus poteſtate fictionis retrotractivæ reſtituantur, quæ fuerunt in ſuſpenſo durante captivitate *l. illa* 32. §. 1. *de hæredib. inſtit. cum vulgatis* ut vel præcipuus adverſarius nunc noſter & ſemper venerandus Præceptor agnoſcit *dict. lib.* 6. *opuſcul. cap.* 2. *n.* 3. *&* *cap.* 15. n. 3. *cum duobus ſeqq.* ſed poſſeſſio utpotè quæ tota in facto conſiſtit per captivitatem non ſuſpenditur ſed abrumpitur, ergo non magis retrotractiva Corneliæ legis, quam poſtliminii fictio circa ſemel interruptam poſſeſſionem, quidquam poterit operari, imò ita per captivitatem uſucapio interrumpitur, ut nec reverſo poſtliminii poteſtate nec captivi hæredibus legis Corneliæ fictione poſſit reſtitui.

21 Maneat ergo ex his omnibus fundamentis, ex quibus ſolutæ remaneant adverſariorum objectiones, legis Corneliæ & poſtliminii fictionem pari paſſu ambulare quoad cauſam uſucapionis, quæ per captivitatem interrupta nec reverſo, nec captivi hæredibus reſtituitur, ſi de his loquamur, quæ ante captivitatem per ſe, vel per ſubjectas ſuo juri perſonas extra cauſam peculiarem captivus poſſidebat, quoad ea quæ antè, vel poſt captivitatem per ſervum ex cauſa peculiari captivus poſſidebat, aut poſſidere cæpit jure ſingulari, in pendenti eſt uſucapio, & vel reverſo prodeſt jure poſtliminii vel captivi hæredibus fictione legis Corneliæ ex ſententia Juliani *in dict. l.* 22. §. 3. *de captivis* quam conciſè ſed eleganter refert Tryphoninus *in dict. l.* 12. §. 2. *eod. tit.* ubi ſcribit in ſuperioribus ſpeciebus Julianum dicere ſuo tempore uſucapionem impleri, id eſt ſivè captivus revertatur in ejus gratiam, ſive in captivitate decedat in favorem ejus hæredum. Nec tunc obſtat quod aſſerit Paulus *in dict. l.* 15. *verſ. quod ſi de uſucap.* Julianum in eiſdem terminis dubitare, an ſi captivus in captivitate deceſſerit per legem Corneliam ad ejus ſucceſſores pertineat uſucapio? nam præterquam quod ſtat optimè Julianum aliquando dubitaſſe, & in eam tandem ſententiam inclinaſſe quæ extat *in dict. l.* 22. §. 3. animadvertendum eſt Paulum non dicere Julianum dubitare, ſed Julianum dicere dubitari, quia forſan ab aliis Conſultis dubitatur, non à Juliano, qui non minùs legis Corneliæ, quàm poſtliminii fictionem admiſit. Notanda tamen eſt elegans differentia quam apud interpretes non comperi inter ſervum & filium per quos ex cauſa peculiari uſucapionem inchoare & continuare poſſe captivum diximus; Etenim ſi captivus apud hoſtes deceſſerit, uſucapio per ſervum inchoata ſeu continuata cedit in gratiam hæredum captivi, at per filium incepta aut continuata uſucapio non captivi parentis hæredibus, ſed ipſi filio quantumvis exhæredato prodeſt juxta textum ſic in mea ſententia intelligendum *in dict. l.* 44. §. *ult. verſ. ſi autem de uſucap.* ubi quod Papinianus ſcribit uſucapionem per filium captivi inceptam prodeſſe ipſi filio, accipi omninò debet de cauſa peculiari, ex qua ſolum captivi filius poteſt incipere uſucapere, cujus differentiæ ratio ex eo provenit, quod ſervus bonorum fuit, & eſſe perſeverat, id eſt remanet in hæreditate jacente inducta per fictionem legis Corneliæ ab ultimo captivitatis inſtanti, & ſicuti quæcumque captivi ſervus durante captivitate acquiſivit, domino, apud hoſtes mortuo pertineant ad hæreditatem, & per hoc ad hæredem futurum *l. ſi ſervus* 18. §. 1. *de ſtipul. ſervor. dict. l.* 12. §. 1. *de captivis*, ſic & uſucapio ex cauſa peculiari, at ex contrario patre apud hoſtes decedente per eandem legis Corneliæ fictionem ſui juris fuiſſe filius intelligitur ex ultimo paternæ captivitatis inſtanti §. *ſi ab hoſtibus* 5. *inſtit. quibus mod. jus patr. poteſt ſolv.* Et quemadmodum omnia quæ à patre apud hoſtes degente quæſivit non hæreditati ſed ipſi filio acquiruntur *dict. l.* 18. §. 2. *de ſtipul. ſervor. dict. l.* 12. §. 1. *dict. l.* 22. §. *quod ſi* 2. *de captivis l. proponebatur* 9. *in fine de caſtrenſ. pecul.* ſic poſſediſſe ſibi & uſucepiſſe intelligitur ut conſiderat Papinianus *in dict. l.* 44. §. *ult.* quia licèt filiusfamilias nequidem rei peculiaris poſſeſſionem habere poſſit *l. poſſeſſio* 49. §. 1. *de acquir. poſſeſſ. l.* 44. §. 4. *de uſucap.* jure ſingulari per legem Corneliam coadjuvatur uſucapio quæ reverſo patri prodeſſet, & apud hoſtes decedente ipſi filio non patris hæredibus prodeſt.

Jam videamus an ſuperiori ſententiæ qua 22
aſſerimus interruptam per captivitatem uſucapionem non magis legis Corneliæ, quam poſtliminii fictionem reſtitui, niſi per ſervum aut filium captivi ex cauſa peculiari incepta fuerit, aut continuata faveat obſiſtatvè Paulus *in dict. l.* 15. *de uſucap.* qui & ab adverſariis pro ſua opinione, & à Caſtrenſi & Aſſim. rectè pro noſtra ſententia expenditur; nec mirum conſcius etenim & obſcurus nimis eſt Paulus, quem ut pro nobis ſtare demonſtrem, brevi paraphraſi illuſtrabo: Ponit eum qui pro emptore cœperat uſucapere ab hoſtibus captum fuiſſe ante impletam uſucapionem, quærit an ſi in captivitate deceſſerit, hæredi ejus procedat uſuca-

pio ? & ut reſpondeat, ſupponit per captivitatem uſucapionem interrumpi, quo ſuppoſito arguens à fictione poſtliminii ad fictionem legis Corneliæ, ait quod ſicuti reverſo non prodeſt uſucapio, ſic nec hæredi captivi, & ut utramque fictionem excludat, præſtat rationem, quia verum eſt captivum in vita ſua deſiiſſe poſſidere, quæ facilè explicatur *ex dictis n.* 20. infertque quod nec poſtliminium ei prodeſt, ut videatur uſucepiſſe, quibus verbis non ſolùm poſtliminii, ſed & legis Corneliæ denegat fictionem, ut præter deciſivam rationem, quæ eſt utrique fictioni communis ſuadet vocula *nec*, quæ cum dicat relationem ad præcedentia ut advertit Aſſim. *ubi ſuprà n.* 188. ſatis indicat Paulum legis Corneliæ fictionem de qua præcipuè diſputabat denegaſſe, quo etiam modo explicandum exiſtimo Papinianum *in dict. l.* 44. *§. ult.* ubi in illis verbis: *nec jure poſtliminii quæſitum*, intelligi hæc uſque ad verſ. *quod ſi ſervus* in quo caſu diſputat quo ſervus captivi rem emit, ſubaudiendus eſt ex cauſa peculiari quamvis renuat Aſſim. *n.* 213. *&* 215. & ſic faciliorem caſum complectitur, quo ſervus ex eadem cauſa ante domini captivitatem rem emit. Quærit ergo de fictionibus poſtliminii & legis Corneliæ, refert Julianum dicere jure ſingulari uſucapionem in pendenti eſſe, eamque domino ab hoſtibus reverſo jure poſtliminii prodeſſe, cæterum ſi dominus apud hoſtes decedat, dubitari an per legem Corneliam ad ejus hæredes pertineat uſucapio ? Julianus idem de lege Cornelia, quod de poſtliminio reſpondit ut conſtat *ex dict. l.* 12. *§.* 2. *dict. l.* 22. *§.* 3. *de captivis* cujus ſententiam ſecutum fuiſſe Paulum apparet in *l.* 29. *eod.* qui nec id negat Julianum ſenſiſſe juxta dicta *n. præcedenti.* Progreditur *in verſ. Marcellus* refertque Marcellum exiſtimaſſe poſſe plenius fictionem legis accipi ex ea ratione, quia foret incivile quod poſtliminio reverſus plus juris habere in his quæ egerunt, quam in his quæ per ſe vel per ſervum poſſidebat cum ad hoſtes pervenit: Exiſtimabat ergo Marcellus ut colligitur *ex dict. l.* 12. §. 2. nihil intereſſe an captivus per ſe poſſediſſet, an per ſubjectam ſibi perſonam, ſive ex cauſa peculiari, ſive extra eam, & indiſtinctè uſucapionem per captivitatem interruptam reverſo poſtliminii jure reſtitui, & à poſtliminio arguebat ad legem Corneliam, quam cum ſine diſcrimine quoad uſucapionem admitteret, pleniùs quàm Julianus accipiebat, falsò tamen cum Juliani ſententiam ſequendam Tryphoninus concludat *in dict. l.* 12. §: 2. ſequitur tandem *verſicul. nam hæreditatem*, qui ſive negativè prout in Florentinis, ſive affirmativè prout in vulgatis codicibus legatur, eundem ſenſum reddit, continetque deciſivam rationem pro Paulo & Juliano contra Marcellum, quod præeunte Paulo Caſtrenſi *in eod. text n. 6.* ſic evinco, ſi negativam rationem ſequamur, ait Paulus, hæreditatem non in omnibus, ſed in quibuſdam perſonæ vice fungi receptum eſt in his quæ in jure pendent, non quæ in facto conſiſtunt qualis eſt poſſeſſio, & concludit extra cauſam peculiarem jure ſingulari ceſſante eorum, quæ captivus per ſe aut per ſubjectam ſibi perſonam poſſidebat, in ejus ſucceſſoribus locum non habere uſucapionem ex rationibus *n.* 20. allatis, ſin autem ſuperior verſiculus ſine negatione legatur cujus ſenſus hic eſt, hæreditas per legem Corneliam inducta in quibuſdam perſonæ vice fungitur id eſt quoad uſucapionem per ſervum captivi cæptam aut continuatam ex cauſa peculiari, non extra eam, ergo in ſucceſſoribus captivi locum habebit uſucapio quoad ea ſcilicet, quæ captivus per ſervum ex cauſa peculiari uſucapiebat; Paulus ergo in quacumque lectione ſuam & Juliani ſententiam fundat & adverſùs Marcellum invehitur. Et hæc de celebri Pauli deciſione.

23 Illud antequam hinc abeamus juvat inquirere, cur cum receptum ſit jacentem hæreditatem cœpto à defuncto uſucapionem ſingulari jure continuare, receptum etiam non fuerit eodem jure uſucapionem inchoare ? & quare recipi ſimiliter non potuerit captivum etiam ſine poſſeſſione cœptam ante captivitatem uſucapionem complere ? primi dubii reſolutio ex eo pendet quod facilius cum poſſeſſione cæpta uſucapio ſine poſſeſſione continuatur, quam de novo ſine poſſeſſione inchoatur *ex regula textus in l. pater* 8. *de his qui ſui vel. alieni jur.* & quia ratio, quia illud jus ſingulare extorſit continuandæ uſucapionis in hæreditate jacente, ne ſcilicet alioquin frequens caſus mortis publicam uſucapionum utilitatem offenderet, non æquè militat ad hoc ut hæreditas jacens uſucapionem poſſit inchoare ut notum eſt. Secundo dubio reſpondet Bartolus *in dict. l.* 15. *n.* 18. quod jus continuandæ uſucapionis in hæreditate tanquam ſingulare & contra ſtrictam juris rationem, & utilitatis cauſa receptum neque ad exemplum trahi, nec ad alios caſus, quam his ſimiles debet extendi *ex regula textus in l. quod vero* 14. *de legibus.* adhuc poteſt quæri cur idem jus ſingulare circa captivum receptum non fuerit ? magni quidem Anteceſſores noſtri reſpondent rationem differentiæ in eo ſtare quod hæreditas ficta ſaltem perſona eſt, captivus autem nullam perſonam habere intelligitur, quæ uſucapionem poſſit continuare *l. poſtquam* 5. *in principio l. ſi à te* 10. *ut legat. nom. cav.* & quia ſuſpenſio jurium captivi omnem temporis continuatiunem excludit, & præterea, quia parum intereſt captivi uſucapionem perficere quam eo ad ſuos reverſo, vel apud hoſtes decedente, vetus Dominus intra annum poſſit reſcindere *ex regula textus in l.* 1. §. 10. *quibus cauſ. maj. §. rurſus ex diverſo* 5. *inſtit. de actionibus*, nec propter debilem utilitatem ſtricta juris ratio, quæ continuam poſſeſſionem ad uſucapionem requirit debuit infringi, verum ut quod ſentio dicam, nulla ex his rationibus poteſt admitti, non prima, quia licet captivus nullam civilem perſonam ut ſuſpenſio continuationem impediat; hoc tamen ipſum quærimus cur nempè jure ſingulari uſucapio non procedat ? Rurſus captivus ubi revertit, ſemper in civitate manſiſſe creditur, & ubi in captivitate decedit ex ultimo captivitatis inſtanti hæreditas inducitur, & ſic in omni eventu civilem perſonam fingitur habuiſſe. Non ſecunda, quia ſi vera eſſet, probaret captivum per ſervum aut filium adhuc ex cauſa peculiari uſucapere non poſſe, cum tamen certum ſit ex ea cauſa uſucapionem contingere reſciſſioni tamen obnoxiam, textus ſic intelligendus *in dict.* §. 5. *inſtit. de actionibus*, tum etiam quia non levem utilitatem acquirit qui uſucapionem perficit quamvis poſſit reſcindi, cum ejus reſcindendæ facultas annali ſpatio reſtringatur *l. in honorariis* 35. *in prin. verſ. ſed cum reſciſſa de oblig. & actio-*

Digitized by Google

nib. Quare dicendum eſt uſocapionis continuationem jure ſingulari hæreditati fuiſſe conceſſam, nè frequens caſus mortis uſucapionem frequenter interrumperet quod contra receptum in captivo, quia non ita captivitatis frequens eſt caſus ut cum judicio conſiderat Antonius Faber *in rationali ad textum in l. denique* 19. *ex quibus cauſ. maj.*

24 Quartus & ultimus caſus, quo utilitatis ratione poſſeſſionis interruptio uſucapionem non interpellat, in acceſſionibus poſſeſſionum perſpicitur, certi juris eſt interrumpi poſſeſſionem ex eo quod in alterum transferatur *l.* 3. *§. etſi alii l.* 18. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ.* & ſic ſtricto jure inſpecto unumquemque ex propria perſona tempus uſucapionis implere debere, nè interrupta poſſeſſione per tranſlationem, & ipſa interrumpatur, ſed quia frequens poſſeſſionis tranſlatio quotidiè publicam uſucapionum utilitatem introvertebat æquitate ſuadente receptum fuit; ut inter autorem & ſucceſſorem tempora conjungerentur, & quod tranſlata in alterum poſſeſſione uſucapio perindè procederet, ac ſi una eademque perſona continuò poſſideret, ut ex teſtimoniis ſtatim applicandis conſtabit, quod jus ante Juſtinianum non in uſucapionibus, ſed in longi temporis præſcriptionibus obtinuiſſe tenent Cujacius, Hotthomanus & alii quos confert & ſequitur Retes *lib.* 3. *opuſcul. ad leg.* 14. *de diverſ. & temporal. præſcript. n.* 5. *cum trib. ſeqq.* ex eo quod cùm res mobiles per anni, immobiles per biennii ſpatium uſucaperentur propter temporis exiguitatem, æquitatis ratio, quæ poſſeſſionum acceſſiones induxit, ceſſabat, cum facilè unus idemque poſſet uſucapionem perficere, & ex contrario in præſcriptionibus quæ longum tempus ſemper exigebant decennium ſibi inter præſentes & vicennium inter abſentes *l. penult. & ult. cod. de præſcript. long. temp.* Galvanus *de uſufructu cap.* 11. *n.* 6. quia difficile erat quod una eademque perſona per continuum illud tempus poſſideret, recipi acceſſiones poſſeſſionum oportuit *l.* 76. *§.* 1. *de contrah. empt. l. ſuper* 11. *C. de long. temp. præſcript.* poſt Juſtinianum verò qui longiora tempora uſucapionibus præfixit *in l. unic. C. de uſucap. transfer.* cœpit alia eſſe æquitatis ratio in uſucapionibus in quibus ideò tam quoad res mobiles, quam quoad immobiles acceſſionibus poſſeſſionum fit locus quam ſententiam probant *l. ſi ædes* 38. *§.* 1. *de ſervit. urban. prædior. dict. l. un. C. eod.* contrariam tamen ſententiam quam ſequitur Donellus *dict. lib.* 5. *cap.* 20. Aſſim. *ad l. primam Cod. eod. n.* 33. *cum pluribus ſeqq.* Merilius *lib.* 1. *variar. ex Cujacio cap.* 45. Arnold. Vinnius *in dict. §.* 12. *de uſucap. n.* 6. veriorem cenſeo, quam præterquam quod ſatis omnes textus evincunt, qui de acceſſionibus poſſeſſionum loquuntur, quos parum conſpectè Triboniano attribuunt adverſarii, ſic præter interpretes fundo, frequentior eſt tranſlatio poſſeſſionis rerum mobilium quam immobilium, ut experientia demonſtrat, ergo acceſſionis æquitas quæ frequenti præſcriptionis interruptioni occurrit, non potuit non occurrere frequentiori rerum mobilium uſucapionis interpellationi. Rursùs quia major eſt immobilium quàm mobilium jactura difficilius immobilium quàm mobilium uſucapiones ſeu præſcriptiones conceduntur, ut indicat longius tempus omni jure immobilium uſucapioni deſignatum, ergo æquitas in præſcriptionibus admiſſa non potuit non admitti in rerum mobilium uſucapionibus, tunc ſic; ſed ſecundum ipſos adverſarios abſurdum eſſet æquitatem in uſucapionibus mobilium receptam, in immobilium quæ longius tempus deſiderant, non admitti: ergo poſſeſſionum acceſſio omni jure non modo in præſcriptionibus, ſed in uſucapionibus locum habuit, & tandem quis credat providos Romanos qui civium utilitati totis lacertis inhiabant, provincialium commodis ſtuduiſſe, & ſui curam neglexiſſe; quod profectò eveniſſet, ſi poſſeſſionum acceſſiones, quas in præſcriptionibus quæ in provinciis præcipuè vigebant, admiſerunt ab uſucapionibus, quæ in urbe & Italico ſolo maximè florebant exiſtimaſſent, nec contrarium probant textus ſupra adducti *dict. l.* 32. ubi ideò acceſſio poſſeſſionis non datur, quia medio tempore poſſeſſio fuit interrupta, & ſic jus ſingulare conquieſcit *dict. l.* 13. *§.* 4. *de acquir. poſſeſſ.* nec textus *in dict. l. un. & in dict. l.* 12. quorum vera ſententia omiſſo Oroz *lib.* 5. *de apicibus cap.* 7. *n.* 10. hæc eſt: ait Juſtinianus ſe in nova uſucapione nihil quoad temporis continuationem ſeu poſſeſſionum acceſſiones immutaſſe, adhuc in rebus mobilibus non verò aſſerit ut vulgò creditur ſe de novo in uſucapione rerum mobilium temporum continuationem inducere, & oſtenditur à ſimili. Aſſerit etiam initio uſucapionis fidem bonam requiri, nec ſupervenientem malam fidem uſucapionem interrumpere, quæ duo denuò induxiſſe dici non poteſt cum longè ante eum id obtinuerit, ſic ergo debet intelligi quaſi dicat ſe in transformata uſucapione quoad malam fidem aut bonam, & quoad acceſſiones eadem obſervari velle quæ in antiqua uſucapione procedebant, ut explicant Aſſim. & Vinnius ſuprà laudati.

25 Acceſſiones ergo poſſeſſionum in uſucapionibus ex æquitate receptæ ſunt, de quibus ideo nihil in perpetuum, ſeu generaliter poſſe definiri ſcripſit Scævola *in l.* 14. *de diverſ. & temporal. præſcript.* & tribuuntur primum ſucceſſoribus univerſalibus ex perſona teſtatoris veluti hæredibus, & his qui loco hæredum habentur *dict. l.* 14. *§.* 1. ideſt bonorum poſſeſſionibus & fideicommiſſariis, quibus ex Trebelliano hæreditas reſtituitur, cæteriſque Prætoriis ſucceſſoribus *l.* 2. *§. ſi defunctus* 19. *pro emptore* qui omnes ex perſona defuncti poſſeſſionis acceſſione utuntur, conceduntur etiam particularibus ſucceſſoribus ex perſona autoris *dict. l.* 14. *§.* 1. ſervato tamen diſcrimine quoad bonam vel malam fidem autoris vel ſucceſſoris inter animadverſales & particulares ſucceſſores juxta ea quæ dixi *cap.* 2. *n.* 13. *cum ſequenti* quibus adolenda erant, quæ circa textum *in l. hæres* 43. *in princ. de uſucap. & in l. ſicut* 6. *de itinere actuque privato* tradit Retes *in dict. l.* 14. *§.* 1. *n.* 8. *&* 13. undè inter emptorem & venditorem tempora conjungi conſtat *ex dict. l.* 76. *§.* 1. *de contrah. empt. l.* 14. *de uſucap. l.* 2. *§.* 10. *pro emptore dict. l.* 14. *§. ita* 2. *de diverſ. & temp. præſcript. §. inter venditorem* 13. *inſtit. de uſucap.* adeo ut omne id tempus quod venditori ad uſucapionem prodeſſet, & emptori proficeret. Quapropter ſi quis eandem rem quam alicui vendiderat, rurſus emerit, & alii vendiderit, tam venditoris quam prioris emptoris poſſeſſio

ſecundo emptori prodeſſet *l. 6. verſ. denique de diverſ. & temporal. præſcript.* & ſimiliter tempus quo poſſeſſio fuit penes eum à quo rem venditor habuit, aut cui aliquis rem vendendam mandavit prodeſt emptori *l. in uſucapione 15. §. 1. & 2. eod. tit.* Et ex eadem ratione ſi hæres rem hæreditariam vendiderit, & hæredi venditoris, & defuncti tempus emptori debet accedere *l. 15. §. ult* nec enim quidquam impedit plurium autorum poſſeſſionem alicui prodeſſe, dummodo medius aliquis ex autoribus poſſidere non deſierit *dict. l. 15. §. 1. verſ. ſed ſi medius.* Hæc autem quæ de temporum continuatione inter emptorem & venditorem diximus, non ita latè ſunt accipienda, quam verba eorum patent, etenim id ſolum tempus prodeſt emptori, quo res fuit penes venditorem ante traditionem, & venditionem, ita ut quamvis venditor poſſeſſionem venditionis tempore noo habuit, ſi eam ante traditionem acquiſierit, id tempus emptori proſit, quippè cum emptionis & venditionis contractus, quamvis ſolo conſenſu perficiatur, ante rei venditæ traditionem impletus ſeu conſummatus dici non poſſit, venditor poſſeſſionem, quam ante traditionem acquiſivit, cum acceſſionis commodo transfert in emptorem *argumento textus in l. ſi quis 46. de actionibus empti* tempus autem quo poſt venditionem & traditionem res apud venditorem fuit emptori non accidit, cum poſt impletum per traditionem contractum, nullam emptor à venditore cauſam habeat, quæ poſſit acceſſionem inducere *dict. l. 15. §. hæc autem 5.* juxta quam doctrinam omninò explicandus textus *in dict. l. 14. de uſucapionibus* juncto ibi Cujacio *ad pandectas.*

26 His evenit perfinienda quæſtio inter ipſos Conſultos valdè controverſa, an ſcilicet quemadmodum emptor utitur acceſſione poſſeſſionis, ex perſona venditoris, ſic & venditor reſciſſo contractu per actionem redhibitoriam, aut reſoluto poteſtate pacti addictonis in diem, aut legis commiſſoriæ, ex perſona emptoris, acceſſione poſſeſſionis utatur? in qua obtinuit aſſerentium ſententia reſciſſo aut reſoluto contractu emptoris tempus venditori prodeſſe *l. 13. §. præterea 2. de acquir. poſſeſſ. l. ſi hominem 19. de uſucap. dict. l. 6. §. 1. de diverſ. & temp.* ſed ſtatim occurrit quod reſciſſio contractus redhibitoriæ actionis poteſtate contingens emptionis memoriam prorſus abolet *l. facta 60. de ædilitio edicto* & ſortiori ratione reſolutio ex in diem addictione aut lege commiſſoria dimanans, nec contractus quidem veſtigium relinqui *l. 4. §. ſed & Marcellus 3. de in diem addictione*, ergo venditor qui reſciſſo aot reſoluto contractu nullam cauſam ab emptore habere intelligitur ex ejus perſona acceſſione poſſeſſionis uti non poterit, quæ forſan ratio non nullos ex antiquis Conſultis movit, ut in caſu reſciſſionis aut reſolutionis poſſeſſionis acceſſionem venditori denegarent, ut colligitur *ex dict. l. 13. §. 2. &* D. Retes *in dict. l. 14. §. 1. & 2.* aſſerit reſciſſionem quidem contractus quia ejus adhuc memoriam relinquit poſſeſſionis acceſſionem non impedire, reſolutionem autem ex contrario, quia cauſam reddit ad non cauſam, & conceptum contractus prorſus delet acceſſionem poſſeſſionis excludere, quam opinionem adſtruit *ex l. ſi à te 9. §. Julianus 2. de except. rei judicatæ.* verum ut nuper dicebam contraria ſententia verior eſt à qua nos diſcedere ſupra adducti textus non deſinunt, quamvis enim verum ſit reſolutionem ad differentiam reſciſſionis nullum contractus veſtigium relinquere, ut probant ſi inter ſe conferantur textus *in dict. l. 4. §. 3. de in diem addict. l. 3. §. 2. cum ſeq. in prin. quib. mod. pignus l. bovem 43. §. pignus 8. de ædilitio edicto* junctis quæ tradunt Anton. Faber *in rationali ad textum in dict. l. 4. §. 1. &* Salgado *in labyrintho creditorum 2. parte cap. 13.* hoc tamen debet intelligi quoad ea quæ in jure conſiſtunt, non quoad poſſeſſionem, cujus utpotè in facto conſiſtentis memoria non magis per reſolutionem, quam per reſciſſionem contractus aboletur, ut eleganter docet Cujacius *ad pandect. in dict. l. 13. de acquir. poſſeſſ.* & cum adhuc reſoluto contractu verum ſit emptorem ex voluntate venditoris medio tempore poſſediſſe, venditor poſſeſſionis intuitu naturalem cauſam habet ab emptore, quæ ſufficit ad inducendam poſſeſſionis acceſſionem, ut poſtea fundabo. Nec in contrarium facit textus *in dict. l. 9. §. 2.* qui quatenus aſſerit, quod exceptio rei judicatæ à venditore tranſit ad emptorem, retro autem ab emptore ad venditorem non revertitur, non procedit ubi res vendita rediit ad venditorem propter contractus reſolutionem, ſed ubi rediit ex aliquo caſu, ſine naturali emptoris facto, & tunc meritò dicitur exceptionem rei judicatæ retro ad venditorem, qui nec naturaliter quidem in emptoris locum ſucceſſiſſe dici poteſt non reverti ita Cujacius *tractat. 9. ad Africanum in dict. l. 6. de diverſ. & temporalibus præſcript.*

Rurſus ex dictis illa quæſtio oritur, an ſi vendi- 27
tio fuerit ſub initiativa conditione contracta, & res vendita pendente conditione ſit tradita, deficiente mox conditione venditor ex perſona emptoris poſſeſſionis acceſſione uti poſſit, in qua ut contrarias Accurſii & Fabri *in dict. l. 4. de in diem addictione* ſententias conciliem ſequenti diſtinctione ultra interpietum placita primus forſan conſtituo, ubi res vendita pendente conditione ſuit tradita, ſi quidem actum ſuerit de transferenda poſſeſſione ſub eadem conditione ſub qua ſuit celebratus contractus, prout fieri poſſe conſtat ex *l. ſi me 34. in prin. l. qui abſenti 38. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* deficiente conditione fruſtra quæritur de acceſſione poſſeſſionis, quæ nulla fuit peoes emptorem, per quem venditor poſſeſſionem retinuit ex regula textus *in l. quod in eo 18. eod.* & communi jure potuit uſucapionem continuare? ſi verò id inter contrahentes actum ſit, ut rei ſub conditione venditæ poſſeſſio ſtatim in emptorem transferatur, poſteaquè conditio defecerit, venditor qui naturalem cauſam ſtatim habuit ab emptore ex ejus perſona utitur acceſſione poſſeſſionis ut probat difficilis textus *in dict. l. 13. §. ſi is qui precariò 7. de acquir. poſſeſſ.* pro cujus explicatione ſciendum eſt multum intereſſe an is qui precariò rogavit, uſum abſolutè an poſſeſſionem rogaverit; ita ut ſi uſum, poſſeſſionem non acquirat, ſi vero poſſeſſionem precariò rogaverit ſtrictè & ſibi poſſideat *l. 2. §. ult. & l. 6. §. 2. de precario* Ex qua diſtinctione facilè plures textus prima fronte inter ſe contrarii poſſunt conciliari ut latè proſequuntur

Digitized by Google

tur Galvanus *de uſufructu cap.* 33. *n.* 7. Valent. *dict. lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 3. *n.* 19. Oroz *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 8. quo ſuppoſito aſſerit Ulpianus *in dict.* §. 7. eum qul precariò poſſeſſionem conceſſit, quandiù manet precarium, quia non poſſidet acceſſione poſſeſſionis uti non poſſe, ex perſona ejus qui precario rogavit, ſed ſi receperit poſſeſſionem, rupto ſeu finito precario poſſeſſionis uſucapione uti poſſe, tunc ſic; Qui precariò conceſſit, rupto precario naturalem ſolum cauſam habet ab eo cui precario conceſſit, & tamen ex ejus perſona utitur acceſſione poſſeſſionis, ergo naturalis cauſa ſufficit ad inducendam poſſeſſionis acceſſionem, quamvis aliter eum textum explicet Galvanus *dict. n.* 7. cujus expoſitio facile convincitur *ex dict. n.* 12. qui tamen elegaoter advertit differeotiam, quæ vertitur ioter debitorem qui manente poſſeſſione rei pignoratæ penes creditorem jute ſingulari poteſt uſucapionem continuare ut dixi *n.* 15. & precario concedente qui non continuat uſacapionem manente precario, utilitatis etenim ratio, qua inductum eſt ut debitor in cojus voluntate non ſemper eſt pignoris luitio ex defectu pecuniæ ſine poſſeſſione poſſit uſucapere non militat, in precario concedenre, cui liberum eſt quandocomque precarium revocare *lib.* 1. *in prin. & §.* 2. *de precario.*

28 Nec ſolum ex cauſa emptionis acceſſioni poſſeſſionis eſt locus, ſed ex doris etiam cauſa, ita ut ſi res aliena in dotem data ſit, maritus ex perſona uxoris acceſſione poſſeſſionis utatur, & ſi ex dote ſit recepta id eſt ſoluto matrimonio recuperata uxor ex perſona mariti utatur acceſſione poſſeſſionis *l.* 7. *§. ſi res* 3. *de jur. dot. dict. l.* 13. *§. cum in dote* 6. *de acquir. poſſeſſ.* ſimiliter inter donantem & donatarium tempora conjunguntur *dict. l.* 13. §. 11. ulterius legatarius & fideicommiſſarius ex perſona hæredis acceſſione poſſeſſionis utuntur, ita ut omne id tempus quod hæredi ad uſucapionem prodeſſet ipſis etiam debeat prodeſſe, quapropter tempus teſtatoris hæreditatis jacentis, & ipſius hæredis qui rem purè vel ſub conditione legatam aut per fideicommiſſum relictam ante conditionem exiſtentem & traditionem poſſider, legatario aut fideicommiſſario prodeſt *dict. l.* 13 §. *ſed* 10. unde intelligendus eſt textus *in dict. lib.* 14. §. 1. *de uſucap.* ubi aſſerit Paulus in re legata acceſſione temporis, quo teſtator poſſidet legatarium qoodam modo quaſi hæredem eſſe, non quia ſeniiat legatarium hæredis loco haberi, cum immò multum diſtet ab hærede §. *legatariis* 11. ubi notant interpretes, *inſtit. de teſtam. ordin.* ſed quia legatarius perindè ac hæres utitur acceſſione ex perſona teſtatoris, & tempus teſtatoris qood prodeſt hæredi, etiam legatario pródeſt, ſicuti & alii cuilibet ab hærede cauſam habente *dict. l.* 15. §. *ult. de diverſ. & temporalib. præſcript.* id autem ſolum tempus ex hæredis perſona legatario prodeſſe dicendum eſt, quo rei legatæ poſſeſſio ante traditionem fuit penès hæredem ut colligitur *ex dict. l.* 13. §. 10. cæterum tempus quo hæres poſt traditionem poſſederit legatario ex cauſa legati prodeſſe non debet *argumento textus in dict. l.* 14. *in princ. de uſucapionib. dict. l.* 15. §. 5. *de diverſ.* & temp. junctis quæ dixi *n.* 25.

Vidimus quibus ex cauſis poſſeſſionum acceſſiones recipiantur, modo videamus, quæ ad huiuſmodi acceſſiones requiruntur, & primum requiritur, ut in ſuperioribus indicavi, quod quis caoſam habear ab eo ex cujus perſona acceſſione poſſeſſionis uti deſiderat. nam ſi nulla cauſa intercedat ceſſante conceptu autoris & ſucceſſoris, acceſſio etiam poſſeſſionis ceſſabit, quâ ratione ſi liber homo, vel alienus ſervus bonâ fide poſſeſſi extra operas ſuas, & rem bonæ fidei poſſeſſoris aliquid emerint; & ejus poſſeſſionem bonæ fidei poſſeſſoris nomine apprehenderint, defecta poſtea conditione, bonæ fidei poſſeſſoris tempus liberi hominis aut Domini poſſeſſioni non accidir *dict. l.* 13. §. *ſi liber* 3. *de acquir. poſſeſſ.* quia liber homo aut Dominus nullam cauſam habent à bonæ fidei poſſeſſore, qui eorum reſpectu autor dici non poteſt, quibus non ex ejus facto, ſed ex juris diſpoſitione poſſeſſio extra operas, & rem bonæ fidei poſſeſſoris acquiritur, ut docent Paulus Caſtrenſis & Cujacius *in dict.* §. 3. exigitur etiam propria poſſeſſio ex parte utriuſque, autoris nempè & ſucceſſoris nec euim acceſſiones aliis competunt, quam qui propriam habent poſſeſſionem, nec ex aliorum perſona, quam eorum, qui propriam poſſeſſionem habuerint *dict. l.* 13. *§.* 7. *& §. acceſſiones* 12. *de acquir. poſſeſſ. dict. l.* 6. *in prin. dict. l.* 15. §. 1. *l. ult. de diverſ. & tempor. præſcript.* illo tamen inter autorem & ſucceſſorem ſervato diſcrimine, quod autoris poſſeſſio, quamvis juſta non fuiſſet ad uſucapionem, dummodo non vitioſa, ſucceſſori, qui io eum prius poſſeſſionem tranſtulerat prodeſt ut conſtat ex dictis *n.* 27. succesſoris autem posſeſſio juſta debet esse ad uſucapionem, ut acceſſioni ſit locus, alioquio ſi ſucceſsor uſucapere non poſſit, fruſtra de acceſſione quæreretur, cum omnis quæſtio de acceſſione in neceſsarium autecedens uſucapiendi facultatem in ſucceſsore præſupponat, ex quibus ſummè difficilis redditur textus *in dict. l.* 16. *in fine de uſucap.* ubi cum dixiſset Jabolenus debitorem ſervum pignori datum uſucapere poſse, & quoad reliquas cauſas creditorem poſſidere, concludit poſseſſionem ejus qui piguori dedit, addici poſse creditori, id eſt creditori accedere ut explicat Cujacius *ad pandectas dict. lib.* 11. *obſervat. cap.* 11. quæ ſententia ex eo falſa videtur quod cum creditor rem pignori acceptam uſucapere non poſſit *l. pignori* 13. *de uſucap.* non niſi abſurdè dici poteſt uti acceſſione poſseſſionis ex perſona debitoris. Prævidit difficultatem Galvanus *dict. cap.* 33. *n.* 7. quam ut effugiat ad eum caſum Jabolenum reſtringit, quo non ſolvente debitore, pignus creditori addictum ſit, qui cum ex cauſa addictionis poſsit uſucapere, ut docet ipſe Galvanus *cap.* 25. *n.* 12. etiam ex perſona debitoris utitur acceſſione poſseſsionis, quâ explicatione tanquam divinaroriâ, & quæ nolla ex textus littera deſumitur rejecta in re ardua, & ab interpretibus omiſsa, excogitavi aliam eſse acceſsionem poſseſsionis, quam ex perſona debitoris creditori competere, Javolenus affirmat ab acceſsionibus, de quibus nunc diſputamus, & creditorem uti quidem acceſsione poſseſsionis ex perſona debitoris, non quoad cauſam uſucapiuis, quam pignus parere non poteſt, ſed

quoad exercendam rei vindicationem, quæ naſcitur ex poſſeſſione per pignus acquiſita *l. ſi fundus* 18. *§. in vindicatione* 13. *cum leg. ſeq. de pignorib.* quod ſic explico jus creditoris in pignore ſolum pendet ex jure debitoris *l.* 3. *§.* 1. *eod.* etſi debitor rem quam cæperat uſucapere pignori dederit, ante impletam uſucapionem adverſus eos duntaxat poſſeſſores Servianam in rem creditor poteſt exercere, à quibus debitor poteſt per publicianam poſſeſſionem avocare *l. ſi ab eo* 18. *eod.* obi autem debitor uſucapionem impleverit, augetur ſecuritas creditoris, qui rem pignori acceptam poterit à quocumque poſſeſſore vindicare, ſicuti & debitor Dominus factus per uſucapionem poteſt quemlibet poſſeſſorem vindicationis judicio ſuperare, & in hoc ſenſu poſſeſſio ejus qui pignori dedit, accedere dicitur poſſeſſioni creditoris ad hoc; ut implera per debitorem uſucapione, creditor ex ejus perſona, quoad exercendam vindicationem acceſſione poſſeſſionis utatur.

30 Ex qua doctrina noviter intelligo difficillimum textum *in dict. l.* 14. *§. etſi mihi* 3. *de divers. & temporal.* ubi creditor rem ſibi pignori datàm creditori ſuo pignoravit quod jure facit *l. debitor* 40. *§. ult. de pignor. actione l.* 13. *§. cum* 2. *de pignoribus l.* 1. *&* 2. *C. ſi pig. dat.* Bachovius *de pignoribus l.* 2. *cap.* 9. & aſſerit Scævola ſecundum creditorem uti acceſſione temporis debitoris ſui, tam adversùs extraneum quàm adversùs ipſum debitorem ſui debitoris, quæ deciſio procedere non poſſe videtur, tum quia ſupponit potuiſſe debitorem uſucapionem continuare, poſtquam creditor rem pignoris jure acceptam creditori ſuo ex cauſa pignoris tradidit contra doctrinam quam adduxit *n.* 16. *ex l.* 33. *§.* 4. *in fine de uſucap.* tum quia docet ſecundùm creditorem, quem uſucapere non poſſe certum eſt uti acceſſione temporis debitoris ſui debitoris, elegans tamen, quamvis hactenus non præceptus eſt Scœvola *in dict. §.* 3. qui quamvis ſupponit debitorem oſucepiſſe, vel eſt intelligendus de uſucapione impleta, quo tempore creditor rem pignori, quam acceperat creditori ſuo ex cauſa pignoris tradidit, vel ad eum caſum reſtringendus quo creditor rem ſuo creditori nuda conventione obligavit, in quo expeditum eſt debitorem uſucapionem adhuc continuaſſe *ex dict. l.* 33. *§.* 4. nec hujusmodi reſtrictioni textus littera reſiſtit, quæ cum ſimpliciter ponat creditorem creditori ſuo rem pignoraſſe, nec ullam traditionis faciat mentionem commode de pignore tradito, ſed nuda conventione obligato poteſt exauditi: Nec minus vera eſt Sæcvolæ deciſio in qua ut detur acceſſio poſſeſſionis exiſtimat Retes *ubi ſupra dict. l.* 14. *§.* 3. *n.* 2. ſupponendum eſſe rem in ſolutum datam fuiſſe primo creditori juxta terminos textus *in l.* 4. *de pignor. actione*, verum hæc ſuppoſitio admitti non poteſt, quia ſi res in ſolutum creditori primo data fuiſſet, debitor non poſſet ſoluta pecunia pignus recuperare, ut notum eſt, quod tamen ei licere docet Scævola, Quamobrem de eadem acceſſione poſſeſſionis intelligendum Scævolam cxiſtimo, de qua intelligi debere Jabolenum *ſuperiori n.* diximus, ut ſenſus ſit quod impleta per debitorem oſucapione, ſecundus creditor utitur acceſſione temporis debitoris ſui debitoris quoad exercendam vindicationem tam adverſus quemlibet extraneum quam contra debitorem ſui debitoris, ex ea ratione quod ſecundus creditor in pignoris vindicatione, vincit primum creditorem ſuum, ſcilicet debitorem, ſed primus credirot vincit debitorem, ergo ſecundus creditor omnino vincat debitorem ſui debitoris, quia cum eadem ſit vindicandi ratio ſcilicet jus pignoris conſtituti, viget omnino regula: *ſi vinco vincentem te, à fortiori vincam te* quam ex hoc textu vulgo deducunt interpretes & ſic elegànter explicat Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Pauli in l. Claudius* 17. *qui pot. in pig. hab.* hoc autem tandiu obtinet, quandiu debitor primo creditori pecuniam non ſolverit, pecuniâ autem ſolutâ cum pignus ipſo jure finiatur *l.* 6. *quib. mod. pign.* ſecundum etiam pignus neceſſe eſt extingui *dict. l.* 40. *§. ult. de pignor. act. cum ſimilibus* juncta regula textus *in l.* 31. *de pignorib.* Donellus & Cujac. *ad titulum C. ſi pign. dat. ſit* & ſic ſtricto pignore ſecundus creditor nec vendicationem exercere, nec ad eam exercendam acceſſione temporis debitoris ſui debitoris uti poterit.

Requiritur etiam ad indoeendam acceſſionem poſſeſſionis ſi de particularibus ſucceſſoribus loquamur, utramque poſſeſſionem vitioſam non eſſe, vitioſa namque poſſeſſio nulli alii poteſt accedere *dict. l.* 13. *§.* 1. *& ult. de acquir. poſſeſſ.* ut pone ſi aliquis manumiſſus ſit, non conceſſo ſibi peculio; ideſt adempto peculio, quod omnino exigitur, ne inter vivos manumiſſum peculium ſequatur *l. ſi ſticho* 53. *de peculio l. un. C. de peculio ejus qui libertatem meruit. §. ſi peculium* 20. ubi repetentes *inſtit. de legat.* rem peculiarem clam poſſideret Dominus ubi eam retraxerit uti non poteſt acceſſione poſſeſſionis, quæ vitioſa fuit apud prædonem *dict. l.* 13. *§. ex facto* 8. in cujus commentario Cujacius ab hac regula caſum excipit, quo res juſſu judicis reſtituitur, ita ut reſtitutione ſecuta propter autoritatem rei judicatæ, etiam vitioſa prædonis poſſeſſio juſtæ poſſeſſioni accedat, & hanc exiſtimer ſententiam contineri *in dict. l.* 13. *§ ſi juſſu* 9. in quo lapſum doctiſſimum virum cenſeo, nec enim rei judicatæ autoritas in cauſa eſſe poteſt, ut vitioſa poſſeſſio ad uſucapionem deſerviat, nec ejus opinioni favet textus *in dict. §.* 9. pro cujus exacta intelligentia ſuppooo Conſultum ibi loqui de reſtitutione juſſu judicis facta ex cauſa actionis publicianæ ut dicebam præcedenti *cap. n.* 21. & publicianam competere non ſolum adverſus eum qui vitioſè poſſidet, ſed & adverſus bonæ fidei poſſeſſorem ut conſtat ex his quæ diſputat Oſuald. *lib.* 2. *cap.* 8. *litt.* Z. qua ſuppoſitione facta quod aſſeritur *in dict. §.* 9. acceſſioni poſſeſſionis locum eſſe, ſi reſtitutio ex cauſa publicianæ juſſu judicis facta ſit, ita intellige ſi judicio autem fuerit contra bonæ fidei poſſeſſorem, cujus non vitioſa poſſeſſio juſtæ actoris poſſeſſioni debet accedere. 31

Similiter nec juſta poſſeſſio vitioſæ poteſt accedere *dict. l.* 13. *§. ult. de acquir. poſſeſſ.* undè lucem accipit vexatus Juliani locus, inquit *in l. qui à ſervo* 16. *de oblig. & act.* ubi qui à ſervo hæreditario ex negotio peculiari mutuam pecuniam acceperat rem mobilem aut immobilem, quam ipſi ſervo pignoris cauſa tradiderat ab eo precario, rogavit & reſpondetur debitorem rem pignori datam quam precario rogavit uſucapere non poſſe, in eo difficultas eſt, quod dobitor 32

qui ſine ulla prorſus poſſeſſione rem pignori traditam poſſet uſucapere, fortiori ratione poſtquam precariò rogavit, uſucapere poſſe videbatur ex ſupra dictis *n.* 15. quam ut diluam omiſſis ſolutionibus Cujacii *ad pandect.* & *lib.* 13. *Digeſt. Juliani in dict. l.* 16. & quorumdam antecesſurum quos facillimum eſſet impugnaſſe ſupponendum eſt quod debitor, quamvis manente rei pignoratæ poſſeſſione penes creditorem poſſit uſucapionem perficere, ſi tamen ante perfectam uſucapionem poſſeſſionem ſit nactus ex perſona creditoris, utitur acceſſione poſſeſſionis ſeu temporis quo poſseſſio fuit apud creditorem argumento textus *in l.* 8. *de diverſ. & temp.* junctis quæ dixi *n.* 14. ſupponendum etiam eſt ſervum ſine Domini voluntate precarium concedere non poſse *l. duo* 19. §. 1. *de precario*, precarium etenim eſt quædam liberalitatis ſpecies *l. interdum* 14. *eod.* quam ſervus etiam in rebus peculiaribus abſque Domini voluntate exercere non poteſt *l. contra* 28. §. *ult. de pactis.* His ſuppoſitis ideò in *dict. l.* 16. qui rem quam ſervo hæreditario dedit, & ab eo precario rogavit, uſucapere non poteſt, quia ad hoc ut uſucaperet, poſtquam poſſeſſionem recepit, neceſſum erat, ut uteretur acceſſione temporis quo poſſeſſio ex cauſa peculiari apud hæreditatem fuit, hæc autem poſſeſſionis acceſſio ex eo induci non poteſt quod poſſeſſio quam per injuſtum precarium ſine Domini voluntate quæ in hæreditare conſiderari non poteſt, debitor recuperavit, injuſta & vitioſa eſt, cui juſta hæreditatis poſſeſſio nequit accedere, Prævidit quamvis non ita ſe expediat Retes *lib.* 1. *opuſcul. cap.* 13. *per tot* Ex eadem ratione fit quod quamvis ubi quis continuò poſſideret mala fides ſuperveniens uſucapionem non interrumpat, ut diximus *cap.* 2. *n.* 12. ſi tamen interrupta ſemel poſſeſſione ex alterius perſona poſſeſſionis acceſſione quis uti velit, opus eſt ut bonam fidem habeat initio recuperatæ poſseſſionis, quod ſi vitioſum ſit impedit uſucapionem *dict. l.* 15. §. 2. *de uſucap. dict. l.* 7. §. 4. *pro emptore*, undè quamvis ſi res apud ſequeſtrum amittendæ poſſeſſionis animo deponatur, ſequeſtri poſſeſſio non proſit victori ad uſucapionem ut dixi *n.* 10. ex dictis *ex eadem l.* 39. *de acquir. poſſeſſ.* id ita accipi debet, ut non proſit victori quaſi ipſi per meam ſequeſtri perſonam poſſediſſet, non autem, ut uti non poſſit acceſſione poſſeſſionis ex perſona ſequeſtri, inter quæ duo plurimum intereſt, nam ſi ſequeſtri poſseſſio victori prodeſſet, quaſi per ſequeſtrum poſſediſſet, mala fides ſuperveniens ad uſucapionem non interrumperet, at quia interrupta vere poſſeſſione victor acceſſione temporis uti deſiderat ex perſona ſequeſtri, ita audiendus erit, ſi bona fides recuperatæ poſſeſſionis tempore, quo caſu rectè utitur acceſſione ſequeſtri, à quo naturalem ſaltem cauſam habet, alioquin ſi malam fidem habeat, vitioſæ ſuæ poſſeſſionis juſta ſequeſtri poſſeſſio non accidit.

33 His omnibus requiſitis intervenientibus competit actio poſſeſſionis, ſi traditio ex juſto titulo facta ſit, ſivè ab eo qui poſſidebat, ſivè ex ejus voluntate *dict. l.* 14. §. *penult. & ult. de diverſ. & tempor. præſcrip.* veluti ab ejus procuratore *l.* 15. §. 2. *eod.* vel ab eis quibus adminiſtratio jure conceditur, veluti tutore aut curatore *l. ſi ſervus* 14. §. 1. *de acquir. poſſeſſ. dict. l.* 15. §. *item* 4. Cæterum ſi ejus, qui ante poſſidebat voluntas in traditione non intercedat, acceſſioni locus non eſt, veluti ſi quis rem procuratori vendendam mandavit, & procurator rurſus aliis mandavit, quamvis id jure ſuo periculo fecerit *l. ſi procuratorem* 8. §. *ſi quis* 3. *mandat.* ubi Antonius Faber *in rationali* non aliter emptor deciſione poſſeſſionis utitur, quam ſi idipſum Dominus procuratori permiſerit *dict. l.* 15. §. 2. *de diverſ.* & ſtrictiori ratione, qui à furioſo emit, quia ſanæ mentis eſse exiſtimabat, quamvis poſsit uſucapere poſſeſſionis àcceſſione non utitur *l.* 2. §. *furioſo* 16. *in fine pro emptore*, tum quia furioſi voluntas intervenire dici non poteſt, tum quia ut animadvertit ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio *n.* 47. nec furioſus autor dici valet, nec uſucapio ex venditione furioſi, quæ nulla poteſt intelligi reſultat, ſed ex ſpeciali titulo pro ſuo ex cauſa juſti erroris producto, undè non ineleganter obſervationem deduco, ſcilicet quod generaliter ubi ex ſpeciali titulo pro ſuo ex cauſa juſti erroris producto uſucapio procedit, ceſsat acceſſio poſseſſionis, cum ejus qui prius poſſidebat voluntas & autoris & ſucceſsoris conceptus deficiant, ſine quibus acceſſio poſseſſionis conſiſtere nequit, & hinc omiſſis quæ docet Antonius Faber *in papinianea tit.* 12. *quibus mod. jus patr. poteſt. ſolv. prin.* 8. *illat.* 26. & Aſsim *ad rubricam noſtri tit. n.* 178. nova luce illuſtrandi ſunt textus *in dict. l.* 14. *in prin. de acquir. poſſeſſ. & in dict. l.* 15. §. *ſed & ſi à filio* 3. *de diverſ.* in quibus ſi ſervus vel filius familias vendiderit, ita demum patris vel Domini poſſeſſio emptori accedere dicitur, ſi ex ejus voluntate aut de peculio cujus liberam adminiſtrationem ſervus vel filius familias habuerit, venditio facta ſit, cujus rei ratio eſt quia venditio ex patris aut Domini voluntate, aut de peculio, quod libere poſſet adminiſtrare à filio vel ſervo facta ab ipſo patre vel Domino facta judicatur, & ſic ponit in emptore poſseſſionis acceſſionem; at ſi ignorante patre vel Domino filius aut ſervus rem peculiarem diſtraxerit, quamvis emptor poſſit uſucapere, ſi juſto errore deceptus, vel venditoris conditionem agnoverit, vel eam non ignorans, eum liberam adminiſtrationem peculii habere crediderit juxta textos ſit intelligendos *in l. ſi ſervus* 34. *de uſucap. l.* 10. *C. quod cum eo qui in alien. poteſt.* junctis quæ dixi *n.* 8. acceſſione tamen poſseſſionis uti non poteſt, cum uſucapio non proveniat ex titulo pro emptore, qui ex venditione ab eo facta, qui jus vendendi non habet, naſci non poteſt, ſed ex ſpeciali titulo pro ſuo propter juſtum errorem, ut apparet ex his quæ ſuperiori capite diſseruimus ex *n.* 31. ex cujus cauſa quia patris vel Domini voluntas & autoris & ſucceſsoris conceptus deficiunt, oriri poſseſſionis acceſſio non poteſt.

Explicuimus jam regulam, quæ continuam poſseſſionem ad uſucapionem requirit, & caſus omnes quibus interrupta poſseſſione jure ſingulari uſucapio continuatur. Nunc pro hujus capitis complemento de tempore à lege definito quod ſivè communi jure, ſive ſingulari jure procedat uſucapio, elapſum eſse oportet diſpiciamus. Hoc ergo tempus ex lege duodecim ta- 34

bularum cujus verba ſupra *n.* 1. retulimus circa res mobiles annus erat, circa immobiles autem biennium ut conſtat ex Vlpiano *in fragm. tit.* 19. *de dominiis* §. *uſucapione* 7. & ex Juſtiniano *in prin. Inſtit. de uſucap. & l. unica C. de uſucap. transform.* extatque veſtigium anni ad rerum mobilium uſucapionem requiſiti apud Paulum *in l. cum ſponſus* 12. §. *Publiciana* 5. *de publ.* ubi notarunt Antonius Faber in rationali & Cujacius *lib.* 19. *Pauli ad edict. & lib. ſingul. de præſcrip. & terminis cap.* 1. Juſtinianus autem cui anni vel biennii ſpatium à lege decemvirali præfixum exiguum viſum eſt in nuper allatis juribus largius tempus uſucapionibus præſtituit, triennium ſcilicet circa res mobiles, & circa immobiles decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes, & ne aliqua in eo exoriretur altercatio qui præſentes & abſentes dicendi eſsent, *in l. ult. C. de præſcript. long. temp.* declaravit præſentes dici in eadem pruvincia domicilium habentes, quamvis non in eadem civitate; abſentes qui in diverſis provinciis commorantur, nullo quoad res ipſas poſseſſas diſcrimine habito, ſivè in eadem provincia ſint, ſive extra eam cum loco eo poſſint vindicari quo poſseſsor domicilium habet, quamvis in alio ſitæ ſint in veriori ſententia, quæ vulgo probata *ex l. ult. C. ubi in rem actio exerceri debeat* & pro qua inevitabilis eſt textus *in dict. l. ult. C. de præſcript. long. temp.* Cui reſpondiſſe vellem contrariæ opinionis aſſertores Donell. *lib.* 7. *comment. cap.* 17. & Oſſualdum *ibi litt. L.* quibus & illud conſequens eſt quod ſi aliquis non per omnes ſed per aliquos annos abſens ſit, ſolum abſentiæ tempus duplicatur *auth. quod ſi quis C. de præſcript. long. temp.* Nec huic temporum diſtinctioni obſtant textus *in l. ſi fundum* 16. *de fundo dotal. l. cum pignori* 13. §. *ult. l. qui per errorem* 17. *l. non ſolum* 33. §. *ſi dominus* 2. *cum ſeq. de uſucap. cum aliis pluribus*, quibus immobilium rerum uſucapionem longo tempore terminari conſtanter affirmatur, nam præter quam quod Claſſici ferè omnes tam moderni quam antiqui ſatis probabiliter reſpondent Tribonianum ad novam Juſtiniani conſtitutionem reſpexiſſe, & biennii loco longum tempus interveniſſe, tentari forſan poſſet, ut miſerum Tribonianum ab interpretum calumniis vindicemus, longum tempus quo immobilium rerum uſucapio perfici in præfatis juribus dicitur nihil quam biennium ſignificare, quod quamvis ſi per ſe conſideretur exiguum tempus ſit, ſi tamen cum anno ad rerum mobilium uſucapionem requiſito referatur, non abſurdè longum tempus dici poterit, quin imo & poſſet defendi biennium etiam per ſe ſolum conſideratum longum tempus eſſe, ſeu longum tempus quamvis decennium ſoleat notare *l. cum fideicommiſſa* 16. §. *Ariſto* 3. *qui & à quibus*, pro biennio accipi poſſe ex diſerto Pauli textu *in l. cum domini* 56. *locati*, cui jungendus omnino eſt alius ejuſdem Pauli textus *in dict. L.* 13. §. *ult. de uſucap.* & juxta ſubjectam materiam explicari debere, ita ut in immobilium rerum uſucapione in locis omnibus qui in pandectis occurrunt biennii metam deſignet.

35 Solemne hoc ſpatium ſivè novum, ſivè antiquum jus attendamus, continuum eſt, non utile, id eſt currit á die acquiſitæ poſſeſſionis contra Dominum etiam ignorantem, aut impeditum ſive de immobilium, ſive de mobilium rerum uſucapione loquamur, expreſſus textus *in l. nunquam* 31. §. 1. *de uſucap.* ubi quod ſcribit Paulus in uſucapionibus mobilium continuum tempus numerari omiſſa critica magis quam neceſſaria emendatione Cujacii ad Vlpianum *dict. tit.* 19. §. 7. non eum ſenſum habet quaſi à contrario in uſucapionibus immobilium utile tempus debeat numerari, ſed ſic potius debet explicari, ut breviter præſenſit Accurſius, quâ ſi unum idemque jus in qualibet uſucapione obſervetur, ideò autem Paulus rerum mobilium meminerit, quia in eis major erat difficultas, dicendum quippè videbatur in earum uſucapione, non continuum ſed utilem annum debere numerari, nè ſi continus numeretur propter temporis exiguitatem facilè domini rerum ſuarum dominio privarentur propter uſucapionem, exemplo annalium actionum in quibus annus non continuus ſolet eſſe ſed utilis *l.* 1. §. *annus* 2. *quando de peculio act. annalis eſt. l. quod autem* 6. §. *ult. quæ in fraud. credit.* cum aliis congeſtis à Cujacio *dict. lib. ſingular. de præſcript. cap.* 2. hoc autem dubitandi ratione inſuper habita Paulus reſpondit æque mobilium ac immobilium uſucapione continuum tempus numerari, quoniam uſucapio non ſolum ad coercendam dominorum deſidiam fuit introducta, ſed præcipuè ut litium maxima ex parte materiam minueret, & publico bono conſuleret quin obſtet annalium actionum exemplum, in quibus quod annus utilis ſit ex edicti verbis & æquitate reſultat, unde tempus in uſucapionibus ſtatutum currit, ut nuper dicebam etiam adverſus ignorantem, aut imperitum, quamvis ex juſta cauſa uſucapio ſemel impleta poſſit reſcindi *l.* 1. *& ferè per tot. tit. ex quibus caus. maj. l. ab hoſtibus* 18. *C. de poſtlim. reverſ.* §. *rurſus* 5. *inſtit. de actionib.* quæ doctrina in facti impedimentis locum habet, & adverſus eum, qui juris impedimento detinetur, quominus agere aut uſucapionem ſeu præſcriptionem poſſit interpellare, ipſo jure nec uſucapio currit, nec præſcriptio, abſurdum quippe eſſet, quod ubi jus ipſum agendi impedimentum apponit, uſucapionis ſeu præſcriptionis curſum non impediret, cujus rei elegantia exempla ſuppeditant textus ſic intelligendi *in l. in rebus* 30. *C. de jur. dotium l.* 3. §. 3. *verſ. ut nec uſucapio C. commun. de legat. l.* 1. *in fin. auth. niſi tricennale C. de bon. maternis l. quacumque* 4. *circa finem C. de bonis, quæ liberis l. cum notiſſimi* 7. §. *illud* 4. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. §. *nec autem* 2. *C. de annali exceptione* junctis pro eorum explicatione Antonio Fabro *de error. pragmat. decade* 3. *error.* 9. & aliis pluribus quos refert Aſſim. *ad rubric. noſt. tit. n.* 262.

36 Sed quamvis tempus in uſucapionibus definitum continuum ſit, non tamen naturaliter ſed civiliter computatur, id eſt non de momento ad momentum, ſed de die in diem, ita ut qui ultimum diem noviſſimi anni attigerit & minimo ejus diei momento poſſederit conſtitutum tempus compleviſſe dicatur *l. in uſucapione* 15. *in prin. de diverſ.* de quo ſenſu *in dict. l. uſucapionibus* 6. de uſucap. dixit Ulpianus in uſucapionibus non à momento ad momentum, ſed ſolum poſtremum diem computari, non quia ſenſerit totum poſ-

remum diem impletum eſſe oportere contra textum *in dict. l.* 15. ſed quia poſtremus ultimi anni dies inceptus totus accipitur, ac ſi fuerit impletus, quod non ex uſucapionum favore provenit, ſed ex uſitato loquendi civium more, & in aliis etiam cauſis obſervatur *l. 5. qui teſtamenta facere poſſunt l. 1. de manum. l. anniculus* 131. *&* 132. *de uſufructu* & circa uſucap. exemplum ſubjecit Ulpianus *in l. ideò 7. de uſucap.* in eo qui hora ſexta die Calendarum Januarii, id eſt meridie poſsidere cœpit, qui hora ſexta noctis pridiè Calendas Januarii implet uſucapionem, id eſt initio diei trigeſimi primi Decembris, qui cum ſecundum civilem computationem incipiat à media nocte *l. more* 8. *de feriis* utique incipit poſt horam ſextam noctis diei trigeſimæ Decembris ut rectè pluribus relatis, quamvis ad aliam rem explicat Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 22. *n.* 31. Quidquid ſine ratione dicat Aſsim. *ubi ſuprà n.* 260. *cum ſeq.* nec tunc obſtat textus *in l. in omnibus* 6. *de obligat. & act. l.* 3. §. *minorem* 3. *de minorib. l.* 1. §. *quod diximus* 9. *de ſucceſſorio edicto l.* 3. *de jur. immunitatis*, pro quorum explicatione nè ab aliis rectè dicta ſine fructu tranſcribamus, videndi Donell. *in l.* 4. *C. Si teſtament. facere poſſunt & lib. comment. cap.* 19. *& ibi* Oſſualdus plures referens *litt. F;* & nuper relatus Aſsim. *n.* 256. *cum tribus ſeqq.* illud deniquè circa computationem temporis ad uſucapionem definiti obſervatione dignum eſt, quod cum biſextum Calendis & triduum pro uno die accipitur, ut Intercalato poſteriori quoad cauſam uſucapionis *l.* 2. *de diverſ. & temp. præſcript.* ubi docet Marcellus id non eſse in uſucapione ſingulare, ſed in omni legitimo tempore procedere, veluti in eo quod judicatis datur, & quo temporariæ actiones conſtringuntur, non autem in tempore conventionali, veluti eo, quod legi commiſsoriæ adjicitur propter diverſam mentem contrahentium ut eleganter explicat Cujacius *ad pandectas in l. cum biſſextum* 98. *de verb. ſignif.* ex cujus commentario exempla facilè quilibet ſumere poterit, & hæc de continua poſseſſione, & tempore à lege definito.

CAPUT V.

De impletæ uſucapionis effectibus.

POſt expoſita omnia uſucapionis requiſita recta docendi methodus exigebat, ut de rebus, quæ vel ſui naturâ, vel propter civilem aliquam prohibitionem uſucapionem non recipiunt, ſermo inſtitueretur, ſed quia temporis anguſtiæ, quibus nunc maximè premimur, ita diffuſam tractationem aſſumere prohibent, & præ manibus habetis expeditum & perſpicuum commentarium domini Retes *ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio*, magis è re veſtra futurum exiſtimavi effectus omnes impletæ uſucapionis apud Conſultos & Interpretes ſparſim traditos in præſenti capite colligere & explicare. Propoſitâ itaque non excuſatione, ſed causâ primus præcipuuſque impletæ uſucapionis effectus ille eſt quod dominium veteri domino adimit *l. Proculus* 67. *de jur. dot.* & in eum qui uſucapit transfert *l. Julianus* 17. §. 1. *in fine de rei vindic. l.* 3. *de uſucap. l.* 20. *C. de pactis.* Ulpianus *dict. tit.* 19. §. 1. *&* 7. ſed illud occurrit quod acquiſitio dominii non poteſt ex pluribus cauſis contingere *l.* 14. §. *actiones* 2. *de except. rei judicata l.* 159. *de reg. jur. l. cum res* 4. *C. de contrah.* emptione ſed poteſt uſucapio ex pluribus cauſis procedere *l.* 3. §. *ex pluribus* 4. *de acquir. poſſeſſ. l.* 1. §. 1. *pro ſuo*, uſucapio ergo non eſt acquiſitio dominii, cui difficultati reſpondetur quod licet uſucapio ex pluribus cauſis poſſit contingere, quia poſſeſſionem requirit, quam ex pluribus cauſis acquiri nil prohibet *dict. l.* 3. §. 4. dominii tamen acquiſitio quam patit uſucapio ex unica tantum cauſa reſultat, ſcilicet ex ipſa uſucapione quæ quamvis ex pluribus cauſis proveniens una eſt non multiplex, ſicut & rei debitæ traditio licet poſsit ex pluribus cauſis oriri *l.* 10. *de actionibus empti cum ſimilibus*; unica tantum eſt cauſa in ordine ad tranſlationem dominii, ut eleganter explicat Duarenus *in l.* 3. §. 4. *de acquir. poſſeſſ.* dominium autem quod per uſucapionem acquiritur non bonitarium ſed & quiritarium eſt, cùm uſucapio tam in origine quam in forma à jure civili proficiſcatur ut non ſine cura fundavi *cap.* 5. *ex n.* 2. verum huic doctrinæ opponi videtur Ulpianus *dict. tit.* 19. §. 7. dum aſſerit quod per uſucapionem dominium adipiſcimur tam mancipi rerum quam nec mancipi, ergo ſentit quod res nec mancipi quarum quiritarium dominium acquiri non poteſt veluti prædia provincialia, ſtipendia & tributaria quæ inter res nec mancipi recenſentur, ut indicat idem Ulpianus *dict. tit.* 19. *in prin.* uſucapionem recipiunt, & proindè quod per uſucapionem non quiritariom præcisè ſed aliquando bonitarium acquiritur dominium.

Quam difficultatem ut diſſolvamus obſtruſa 2
nonnulla veteris juris principia circa res mancipi & nec mancipi earumque uſucapionem nimium obſcurè ab interpretibus tractata ut perſpicuè explicuimus, oporter præeunte Ulpiano *dict. tit.* 19. *in prin.* mancipi res erant prædia in Italico ſolo tam ruſtica quàm urbana, ſervi & quadrupedes, quæ dorſo collovè domantur, & ſic appellantur, quia per mancipationem poterant alienari; nec mancipi erant prædia provincialia, & feræ beſtiæ quamvis dorſo collovè domentur veluti Elephanti & Camelli, & ſic dicebantur, quia non poterant per mancipationem alienari. Ex his rebus autem nec mancipi uſucapionem quædam recipiebant, quædam non recipiebant, quod rationis diverſitas inducebat, propter quam per mancipationem abalienari non poterant, quædam enim ideò per mancipationem abalienari non poterant, quia quiritarii dominii erant expertes, ſeu quia quiritarium dominium earum acquiri non poterat, quæ ideò uſucapionem non recipiebant, quia cum uſucapio legitimus ſit modus acquirendi dominii quiritarii, in rebus quæ hujus domini expertes erant, locum habere non poterat, exempli cauſa prædia provincialia, ſtipendaria aut tributaria ideo nec

mancipi dicebantur, quia quiritatium eorum dominium nullus privatus acquitere poterat, quæ ideo uſucapionem non accipiebant, quod ut percipiatur ſciendum eſt conveniſſe Romanos de victis provinciis, & publicatis immobilibus inter milites aut veteres poſſeſſores prædia dividere retento quiritario dominio penès Populum aut Principem, & rei uſu aut dominio bonitario in poſſeſſorem tranſlato cum onere tributi aut ſtipendii Principi aut populo ſolvendi in ſupremi aut quiritarii dominii recognitionem, & prædia ſic poſſeſſoribus conceſſa ſtipendiaria, aut tributaria dicta fuiſſe, eorumque bonitarium dominium poſſeſſionis appellatione denotatum fuiſſe textus ſic intelligendi *in l. 15. §. item 2. de rei vindic. l. 11. de evictionib. l. 20. §. 1. de captivis l. 115. de verb. ſignif. cum aliis pluribus* ut Prætor congeſtos à Reies *lib. opuſc. cap. 19. n. 2.* docet Galvanus *de uſufruct. cap. 25. n. 7.* Nec hujuſmodi prædia uſucapi potuiſſe *l. un. C. de uſucapione transfor.* tum quia publiei erant *l. 16. de acquir. rer. dom. l. 20. §. 1. de captivis* publica autem quæ ſunt non admittunt uſucapionem *l. 9. de uſucap.* Galvan. *de uſufructu cap. 11. n. 9.* tum quia quiritarium eorum dominium, quod penès Populum aut Principem reſidebat, nemo poterat privatus acquitere, non magis per uſucapionem quam per alium quemlibet ſolemnem ſive legitimum acquirendi dominii modum; ſed quamvis ex his rationibus in hujuſmodi prædiis uſucapioni locus non eſſet, quia tamen eorum poſſeſſores bonitarium dominium habebant, quod cum tributi aut ſtipendii onere poterant ad alium transferre, ex æquitate admiſſum fuit ſubſidiarium remedium uſucapionibus ſimile, præſcriptionis nimirum longi temporis eo effectu, ut qui provincialia prædia longo tempore poſſediſſet, bonitarium dominium, quod apud veterem Dominum fuerat, per præſcriptionem acquireret, & tributi, & ſtipendii onus agnoſceret, & de hujuſmodi prædiorum præſcriptione accipiendi ſunt textus *in l. qui alienam §. 4. de evictionib. l. & à quo 21. de uſucap. l. 3. de uſucap. l. 3. de his quæ vi metuſve geſt. ſunt l. 2. C. ubi in rem act. exerceri deb. l. ſi fundum 5. C. de reb. alien. non alien.* juncto Galvano *dict. cap. 11. n. 8. & 9.* alia quidem cauſa fuit Italicorum prædiorum, & eorum quæ in provinciali ſolo conſiſtentia Italicum jus habuerunt juxta terminos textus *in l. 1. l. colonia 6. cum duabus legibus ſeqq. de cenſibus*, quæ mancipi res fuerunt & uſucapi potuerunt, quia quiritarium eorum dominium, quod penès privatos reſidebat, ſicut per alium legitimum modum, ſic per uſucapionem potuit acquiri *dict. l. un. C. de uſucap. transf.* Nec contrarium probat textus *in l. 3. C. Quib. non objicit. longi temp. præſcrip.* qui ſecundum inſcriptionem evincere videntur etiam in Italicis prædiis longi temporis præſcriptioni locum fuiſſe, nam facilè reſpondetur doctrinam noſtram in Italicis prædiis privatis procedere, non in prædiis civitatum vel fiſcalibus, quæ etiam in Italico ſolo non uſucapionem ſed præſcriptionem duntaxat recipiebant, ſicuti & in aliis etiam caſibus tam in urbe quam in Italia longi temporis præſcriptiones locum habuerunt ut videre eſt apud Galvanum *dict. cap. 11. n. 9.* de quibus intelligi debet textus *in dict. l. 3.* & accipiendus etiam eſt Juſtinianus *in dict. l. un. in prin. C. de uſucap. transf.* quatenus docet in omni loco, id eſt non ſolum in provinciis, ſed & in Italia longi temporis præſcriptionibus locum fuiſſe.

Aliæ autem nec mancipi res ſic dicebantur, 3
& per mancipationem abalienari non poterant, non quia quiritarii dominii eſſent expertes, ſed quia manu comprehendi ſeu manu capi non poterant, quippè cum res mobiles nec ſi præſentes, nec plures quam quæ manu caperentur, manciparentur, ut ait Ulpianus *dict. tit. 19. §. res mobiles 5.* indè fiebat quod feræ beſtiæ non poterant in mancipationem venire, ſivè quia mancipatio erat modus acquirendi perpetui & irrevocabilis dominii, quod in feras beſtias non cadit, utpotè quæ ſi noſtram cuſtodiam evaſerint, priſtinam libertatem recipiunt, & nullius in bonis conſtituuntur *l. 3. §. ult. cum duab. legib. ſeqq. de acquir. rer. dom. §. feræ igitur 12. cum ſeq. inſtit. de rer. diviſ.* ut ſentit Retes *dict. cap. 19. n. 2.* hæ igitur nec mancipi res, quamvis ex prædictis rationibus mancipari non potuiſſent, in alium tamen quemlibet transferendi quiritarii dominium modum venire potuerunt, & quiritarium earum dominium aliis extra mancipationem modis acquirebatur, & de his rebus nec mancipi mobilibus exaudiendum eſt Ulpiani fragmentum *dict. tit. 19. §. 7.* quatenus nec mancipi res uſucapi potuiſſe affirmat, & exaudiri poteſt textus *in dict. l. 54. de evictionib.* ex mente Juſtiniani qui *in dict. l. un. verſ. cum antiqui. C. de uſucap. transf.* refert antiquos circa res mobiles, vel ſe moventes non ſolum in Italia, ſed in omni orbe uſucapiones admiſiſſe, ut doctè de more explicat Cujacius *in dict. l. unica* ex cujus doctrina noviter deſperatis aliquibus vlpiani fragmentis actoribus non animadverſis lucem profero inquit Ulpianus *dict. tit. 19. §. in jure ceſſio 8. & §. adjudicatione 14. & in §. lege 15.* per ceſſionem in jure adjudicationem aut legatum vindicationis dominia rerum acquiri ſivè mancipi ſint, ſivè nec mancipi, quæ ſententia cum procedere nequeat in illis nec mancipi rebus, quæ quiritarii dominii expertes erant, cum in jure ceſſio, adjudicatio, aut legatum vindicationis ſolemnes eſſent modi nanciſcendi quiritarii dominii, nec circa res quarum id dominium acquiri non poterat locum habebant, ut notum eſt, & de legato vindicationis idem Ulpianus teſtatur *titulo 24. de legatis §. per vindicationem 6.* ex neceſſaria juris ratione ad eas nec mancipi debet reſtringi, quarum quiritarium poterat dominium acquiri, ut per omnes legitimos modos præter mancipationem ex nuper aſſignata ratione de facto acquirebatur.

Hujuſmodi nec mancipi rebus adjungit Gal- 4
vanus *de uſufructu cap. 33. n. 9.* provincialia prædia occupatoria, quæ poſt victas provincias fugatis hoſtibus nec populo nec Principi adjiciebantur, ſed ab occupantibus acquirebantur, quæ eum privata eſſent, quamvis nec mancipi uſucapionem recipiebant, ſi ab eo poſſiderentur, qui jure civium Romanorum uteretur; quæ opinio partim eſt falſa, partim eſt vera, falſa quatenus provincialia prædia occupatoria inter res nec mancipi recenſet, quippè cum illæ demum res immobiles res mancipi dicerentur, quarum non poterat quiritarium dominium acquiri, occupatoria autem prædia utpotè privata, & quiritarii domi-

nii capacia mancipi profectò dicenda fuerunt; nec obſtat, qui Galvanum decipit, Ulpianus *dict. tit. 19. in prin.* ubi Italica duntaxat prædia mancipi rebus adnumerat, nam imò ex identitate rationis Italicorum prædiorum appellatione prædia provincialia quiritarii dominii capacia qualia erant occupatoria Ulpianus comprehendiſſe dicendus eſt. Vera autem eſt ſuperior Galvani aſſertio dum tener occupatoria prædia uſucapionem recepiſſe, quod enim ſimpliciter Juſtinianus ſcribit *in dict. l. un. C. de uſucap. transform.* olim in provincialibus prædiis uſucapioni locom non fuiſſe, de prædiis publicis, veluti ſtipendariis aut tributariis debet intelligi, non de privatis occupatoriis, quæ tanquam inter res mancipi recenſita, & quiritarii dominii capacia, etiam olim potuerunt per uſucapionem acquiri, & tandem rectè adjecit Galvanus eos tamen hujuſmodi prædia uſucapere potuiſſe, qui civium Rnmanorum jure utuntur, verum id non erat hojuſmodi prædiorum uſucapionis proprium, ſed cujuſliber uſucapionis commune, quæ cum tota juris civilis ſit, non aliis competere potuit, quam iis qui vel cives eſſent Romani vel civium jure fruerentur, idque lege duodecim tabularum fuit cautum, quæ hoſti id eſt peregrino uſucapionem interdixit his verbis quæ extant apud Ciceronem *lib. 8. officiorum*: *adverſus hoſtes æterna autoritas eſto*, ut explicant Jacobus Gottofredus *ad leg. 12. tabul. in notis tabula ſexta pagina* 217. & Galvanus *dict. n. 9.* unde quamvis provinciales, ut potè cives Romani effecti ex conſtitutione Antonini cujus meminit Ulpianus *in l. 17. de ſtatu hominum* oſucapere potuiſſent ut ex ſupra dictis apparet, Peregrini tamen tanquam Romanæ civitatis expertes uſucapere non potuerunt ut dixi *cap. 3. n.* 34. niſi illi quibus jus commercii datum eſſet, ita ut mancipationes, & reliquos ſolemnes actus peragerent, qui cum poſſint quiritarium dominium acquirere ut ſcribit Ulpianus *dict. tit. 19. §. mancipatio* 3. utique & uſucapere poterant, ex his tamen dumtaxat titulis qui jure commercii proveniebant, veluti pro emptore, pro donato, pro ſoluto & his ſimilibus, non autem ex eo titulo, qui præter commercium aliquid aliud requirebat, quo peregrini carebant. Qua propter peregrinus tametſi commercii jus habuiſſet, pro dote uſucapere non poterat, quia pro dote titulus non niſi ex juſto matrimonio naſcitur, quod contrahere peregrious non potuit, niſi jus connubii impetraſſet, ut tradit Vlpianus *tit. 5. de his qui in poteſt. ſunt §. connubium* 3. quo caſu etiam pro dote uſucapere potuiſſet, & fortiori ratione peregrini quamvis commercii jus impetraſſent, quia teſtamenti factione carebant pro bærede aot pro legato uſucapere non poterant undè non vulgariter venit explicandus Jabolenus *in l. 7. pro legato* ubi docet, quod is ſolum pro legato poteſt uſucapere cum quo teſtamenti factio eſt; rationem præſtat, quia ea poſſeſſio ex jure teſtamenti proficiſcitur, innuit videlicet quod is cum quo teſtamenti factio non eſt, qualis eſt peregrinus, quamvis jus commercii habeat, pro legato uſucapere non poſſet, quia is titulus ex jure teſtamenti proficiſcitur, id eſt quia pro legato titulus, non ſolum jus commercii ſupponit, ſed & teſtamenti factionem requirit ut explicat Merillius *lib. 6. obſervat. cap.* 17.

Quiritarium itaqoe dominium per uſucapio- 5
nem adjiciebatur vel juſtæ poſſeſſioni, vel dominio bonitario ante acquiſito, quo ſenſu per adjectionem dominii eleganter Modeſtinus uſucapionem definivit ut jam *cap. 1. n.* 8. notavimus, quod enim vulgo dicitur acquiſitum ſemel dominium iterum acquiri non poſſe §. 14. *inſtit. de actionib. §. ſed ſi rem* 10. *inſtit. de legatis* eò pertinet ut idem dominium ſemel acquiſitum ex alia cauſa non poſſit acquiri, non autem prohibet, ut qui bonitarium duntaxat dominium acquiſivit, quiritarium poſtea domioium acquirat, & bonitario adjiciat, ut videre eſt in eo qui poſt agnitam bonorum poſſeſſionem & apprehenſam poſſeſſionem adit hæreditatem, qui bonitario dominio ex cauſa bonorum poſſeſſionis acquiſito quiritarium addit dominium per hæreditatis aditionem, ſingularis textus *in l. ſi quis 25. §. ſed quid ſi mandavit 7. rer. aut quid de acquir. hæred.* quem ſic eruditè explicat noſter Suarez de Mendoza *lib. ad leg. Aquil. cap. 5. ſect. 2. n. 30. cum tribus ſeqq.* hoe idem in uſucapione contingit per quam bonitario dominio ante acquiſito adjicitur quiritarium, & ſic per plures textus explicandos admonui *cap. 2. n. 13. & cap. 3. n. 25. cum ibi laudatis* quibus addendi alii, quos Retes refert *dict. cap. 19. n.* 6. ſolùm itaque vel ex aliena vel ex propria obſervatione nunc textus afferam, quos nondum ſatis explicatos reliqui. Ex aliena huc facit textus *in dict. l. 20. C. de pactis* ubi quod aſſeritur traditionibus & uſucapionibus dominia transferri ſic accipit Merill. *lib. 2. poſſeſſ. obſervat. cap.* 38. quaſi ad acquiſitionem dominiorum quiritarii & bonitarii nec ſola traditio ſufficiat, nec ſola uſucapio, ſed prius traditio & poſtea uſucapio deſideretur, ut ſic bonitario dominio per traditionem acquiſito, quiritarium per uſucapionem adjiciatur; ad rem etiam pertinet quod olim uxor ducta per uſum non prius juſta & legitima uxor efficiebatur, quaſi per anni ſpatium à marito fuiſſet poſſeſſa, & quemadmodum uſucapta nec à parentibus uſurpata ut ex Aulo Gellio, Macrobio, & Servio obſervant Galvanus *de uſufructu cap. 25. n.* 3. & Suarez de Mendoza *lib. 2. ad legem Aquiliam cap. 3. ſect. 3. n.* 45.

Conducit & textus *in l. 15. §. 26. cum §.* 6
ſeq. de damno infecto ubi ſi cum vectigales ædes ſic dicuntur ædes quarum retento dominio quiritario civitas ad mancipium in aliquem privatum bonitarium dominium transferunt ſub onere alicujus penſionis quotannis ſolvendæ *l. 1. & ferè per totum titulum ſi ager vectigalis id eſt emphyteuticarius petatur* prout exponit Alvarus Velaſcus *de jur. emphyteut. quæſt.* 317. ruinam vicinis ædibus minarentur, vectigalium poſſeſſor de damno infecto non caveat poſt primum decretum Prætoris interpoſitum, per quod vicinus cuſtodiæ cauſâ in vectigalium ædium poſſeſſionem mittitur, reſpondet Ulpianus, ſecundum decretum interponi non poteſt, per quod miſſus in poſſeſſionem poſſidere jubeatur, ratio eſt, quia licèt regulariter poſt primum decretum ex juſta cauſa ſecundum interponatur, et poſſidere juſſus dominio bonitario per ſecundum decretum quæſtio poſſit per uſucapionem quiritarium adjicere ut dixi *cap. 1. n. 4. & cap. 2. n. 3. & cap. 3. n.* 16. id tamen ve-

rum eſt in iis ædibus quæ ſunt quiritarii dominii capaces & uſucapibiles, non in vectigalibus, quarum quititarium dominium penes civitatem aut municipium perſiſtebat, nec privato poterat per uſucapionem acquiri, quamvis citca eas longi temporis præſcriptio ad bonitarii dominii acquiſitionem locum haberet quod fuit in cauſa ut vectigalium ædium nomine poſſeſſori publiciana competeret, quæ quamvis ceſſet in his quæ nec uſucapionem, nec præſcriptionem recipiunt *l. 9. §. 5. de publiciana*, competit tamen pro his quæ præſcriptionem ſaltem admittunt, veluti pro ædibus, vectigalibus & prædiis provincialibus juxta textum ſic intelligendum *in l. cum ſponſus* 12. §. 2. *eod. tit.* merito ergo aſſerit Ulpianus vicinum vectigales poſſidere non eſſe jubendum, quia quititarium dominium non poteſt per uſucapionem acquitere, ſed ita ſecundum decretum interponi debere, ut vicinus idem jus acquirat, quod penes eum fuerat, qui cautionem non præſtitit, bonitatium nempè dominium ſubjicit, iandem Conſultus *in l.* 15. §. 27. *de damno infecto* quod ſicut municipes ipſi vectigales ædes poſſiderent forſan jute commiſſi propter penſionem non ſolutam, aut propter tempus conceſſionis finitum, & à vicino requiſiti cautionem non præſtiterint, per ſecundum decretum vicinus poſſidere jubetur, & quiritarium dominium per uſucapionem acquirit, quamvis enim res civitatum uſucapi non poſſe dicantur, id verum eſt in his quæ publicis uſibus deſerviunt quæ nec uſucapionem nec præſcriptionem recipiunt *l. 9. de uſucap.* aut in his quarum quiritarium dominium privato non poteſt acquiri veluti ædibus vectigalibus quamdiu ſunt penes privatum, quæ ſolum præſcriptionem admittunt, non autem in his quarum quiritarium dominium poteſt civitas in privatum transferre, quales ſunt ædes vectigales apud ipſam civitatem perſiſtentes, quarum ideo propter omiſſam à municipibus cautionem vicinus ex ſecundo decreto poſſidere juſſus, poteſt quiritarium dominium per uſucapionem acquirere, ſic ferè ex aliis docet Aſſim. *ad rubric. noſt. tit. n.* 111. *cum tribus ſeqq.* quidquid dicat Oſſualdus *lib.* 15. *cap.* 46. *litt. l.* & Benedict. Pinellus *lib. ſelectar. cap.* 7. Nec obſtat quod dicitur in *dict. l.* 27. dominium per longum tempus acquiri, nam non ideo de præſcriptionibus, ſed potius de uſucapione loquitur Conſultus, cum longi temporis appellatio quoties in pandectis de uſucapione diſceptatur biennium ad immobilium rerum uſucapionem requiſitum deſignare oſtenderim *præcedenti cap. n.* 34.

7 Ex propria autem obſervatione ad hanc partem refero ignotam Papiniani ſententiam in *l.* 44. §. 1. *de uſucap.* ubi docemur quod etſi regulariter ut ex titulo pro emptore procedat uſucapio duplici tempore contractus ſcilicet & traditionis bona fides exigatur ut vidimus *cap.* 2. *n.* 7. & 8. ſi tamen qui rem alienam ſciens emit, eo tempore rem emptam accipiat, quo Dominus ratam habet venditionem, traditionis tempus inſpicietur, & emptor dominium acquirit, quin ei noceat ſcientia rei alienæ tempore contractus, utpotè deficiente ratione, propter quam in contractu emptionis malam fidem ſupervenientem tempore contractus emptori officere diximus. Nec dicet aliquis, quod cum emptor dominium acquiſierit in ſpecie Papiniani ejus deciſio à rubrica de uſucapionibus eſt aliena; Papiniani namque mens hæc eſt, quod emptor qui bonitarium dominium acquiſivit poteſt per uſucapionem quiritarium dominium nanciſci, non obſtante ſcientia rei alienæ, quam habuit tempore contractus. His tamen omnibus graviter obſiſtit difficillimus textus in *l.* 4. §. 19. *de uſucap.* ubi aſſerit Paulus quod lana ovium furtivarum apud bonæ fidei emptorem detonſa uſucapi non poteſt, & rationem adjicit, quia cum in fructu ſit, ſtatim emptoris fit, tunc ſic, ſivè Paulus loquatur de ipſo bonæ fidei poſſeſſore, qui lanam perceperat, prout communiter ſentiunt interpretes, ſivè de alio qui emerat lanam à bonæ fidei poſſeſſore qui eam perceperat ut contendit Galvanus *de uſufructu cap.* 28. *n.* 10. de quo inferius conſtat ipſum bonæ fidei poſſeſſorem bonitarium ſolum dominium lanæ acquiſiiſſe, cum hujuſmodi acquiſitio à jure gentium proveniat §. *ſi quis à non domino inſtit. de rer. diviſ.* & ſimiliter alium quemlibet, qui ab ipſo bonæ fidei poſſeſſore lanam emerit, bonitatium duntaxat dominium per traditionem ex cauſa emptionis ſubſecutam quæſiviſſe, & tamen decidit Conſultus, vel bonæ fidei poſſeſſorem, vel alium qui ab eo emerit lanam ideo uſucapere non poſſe, quod jam bonitarium ejus dominium acquiſierit: ergo ſentit quod qui Dominus eſt bonitarius, non poteſt dominio bonitario quiritarium per uſucapionem adjicere; ingenti huic difficultati, in cujus ſolutione nullum habeo, quem ſequar, ut reſpondeam, ſuppono cum Galvano ubi nuper Paulum in præſenti non de bonæ fidei poſſeſſore qui lanam perceperat, ſed de alio qui ab ipſo bonæ fidei poſſeſſore lanam emerat diſputare, ut poſtea ſuo loco diſputabimus. Quo ſuppoſito verum quidem eſt hunc emptorem per traditionem ex cauſa emptionis factam à bonæ fidei poſſeſſore bonitarium ſolum lanæ dominium acquiſiiſſe & lanam poſſe adhuc uſucapere eo effectu ut bonitario dominio per traditionem quæſito quiritarium per uſucapionem adjiciat. Nec id Paulus negat, qui non aſſerit emptorem lanam occupare non poſſe, imo ait uſucapere quidem poſſe ſed non debere, quaſi diceret huic emptori utpotè jam per emptionem bonitario domino conſtituto, non neceſſariam ſed utilem eſſe uſucapionem, Etenim ut *cap.* 3. *n.* 25. & 26. dicebam quamvis qui à non domino rem accepit, indigeat uſucapione, qui tamen bonitarium dominium fuit nactus, uſucapione non indiget, quæ in id utilis eſſe ei dicitur, ut bonitario quiritarium dominium adjiciat, & hanc eſſe Pauli mentem ipſa mihi textùs littera perſuadet; Dixerat Conſultus quod lana ovium furtivarum, ſi quidem apud furem detonſa fuerit uſucapi non poteſt propter vitium furtivitatis, & ex contrario aſſerit quod ſi apud bonæ fidei emptorem fuerit detonſa uſucapi poteſt, quoniam cum in fructu ſit, quamvis furtivarum ovium fuerit, bonæ fidei poſſeſſori fuit acquiſita ſaltem quoad dominium bonitatium ex regula textus *in l. bonæ fidei* 48. §. & *ovium* 2. *de acquiren. rer. dom.* & poteſt iterum per uſucapionem acquiri quoad dominium quiritarium, & concludit quod lana apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſa, quamvis uſucapi poſſit, uſucapi tamen non debet, ſed ſtatim emptoris fit. Manifeſtum ergo eſt Paulum

ſenſiſſe

ſenſiſſe uſucapionem neceſſariam non eſſe quoad acquiſitionem dominii ei, qui lanam emit à bonæ fidei poſſeſſore apud quem fuit detonſa, utpotè jam ex cauſa emptionis bonitario domino effecto, utilem tamen ei eſſe ad hoc ut bonitario lanæ dominio, quod per traditionem quæſivit per uſucapionis beneficium quiritarium poſſit adjicere.

8 Hæc quæ de quiritario dominio, & Italicorum Provincialiumque prædiorum differentia diximus, olim viguerunt uſque ad tempora Juſtiniani, qui cum quiritarii dominii umbram bonitarii nomen, & rerum mancipi & nec mancipi differentiam ſuſtuliſſet in *l. un. C. 6. de nudo jur. quir toll.* poſtea in *l. un. C. de uſucap. tranſf.* inter Italica & Provincialia prædia vetus diſcrimen abrogavit, & veterem Provincialium prædiorum præſcriptionem in uſucapionem transformavit ſtatuens, ut Provincialia prædia, non minus quam Italica per ſtatutum tempus uſucapiantur, & per quamcumque plenum legitimumque uſucapionum dominium acquiratur, nec tamen ideo uſucapionum præſcriptionumque jura fuerunt per Juſtinianum confuſa, cum & hodiè pluribus in caſibus præſcriptiones adhuc locum habeant ut latè fundat Galvanus de uſufructu *cap.* 11. *n.* 17. à quo habuit ejus diſcipulus Mella *part.* 2. *de præſcript. cap.* 5. *per totum*, ſivè ergo novum, ſivè antiquum jus inſpiciamus perfecta uſucapio plenum dominium affert uſucapienti *dict. l.* 17. §. 1. *in fine de rei vindicat. dict. l. un. C. de uſucap. transform.* Nec tamen ideo ſemper, & præcisè irrevocabile prout falſo exiſtimarunt nonnulli quorum opinionem taxare cœpimus *cap.* 1. *n.* 1. cum & revocabile dominium plenum in jure ſoleat appellari *l.* 29. §. 1. *qui & à quibus*, ſed imo aliquando irrevocabile & non numquam revocabile, quod præter quam ſatis colligitur ex eo quod impleta jure uſucapio ſæpè ex juſta cauſa reſcinditur, & dominium per eam acquiſitum revocatur *l.* 8. *de rei vindicat. l.* 82. §. 1. *de leg.* 1. *l. un. C. ſi adverſus uſucap. cum ſimilib.* Amplius etiam declaratur, nam aliquando rei uſucaptæ natura in cauſa eſt ut irrevocabile dominium non poſſit per uſucapionem acquiri, ut ecce feræ beſtiæ omni jure ſunt uſucapibiles, quas ſolum revocabiliter acquiri quandiu ſub cuſtodia contineantur diximus *n.* 3. Rurſus quamvis res uſucapta irrevocabilis dominii ſit capax, ſæpè titulus ex quo procedit uſucapio efficit, ut revocabile ſolum dominium per uſucapionem acquiratur, quæ cum titulo ex quo dimanat, ſubſerviat juxta ejus naturam, vel irrevocabile, vel revocabile dominium parit: titulum ergo ſuppoſita ex parte rei capacitate oportet attendi, qui ſi à vero Domino dimanans irrevocabile dominium afferret, à non Domino proveniens efficit ut per uſucapionem irrevocabile dominium acquiratur, ſin autem talis, qui etiam à Domino reſultans revocabile duntaxat dominium transferret, ubi à non Domino dimanat in cauſa eſt, ut uſucapio revocabile tantum transferat dominium, cujus rei perſpicua & elegantia exempla tituli dotis, ſolutionis per errorem factæ, venditionis ſub reſolutiva conditione contractæ, & mortis cauſa donationis, qui omnes qui adhuc à veris dominis provenientes revocabile duntaxat dominium transferunt, ut notum eſt; quoties à non Dominis oriuntur, efficiunt, ut ſolum revocabile dominium per uſucapionem acquiratur juxta textus hinc facilè explicandos *in l. indebiti* 15. §. 1. *de condit. indeb. l.* 2. §. 1. *de in diem addict. l. Ariſto.* 18. §. *item* 2. *de donationibus l.* 13. *l.* 33. *de mort. cauſ. donat. l.* 2. §. *Sabinus* 3. & 4. *pro emptore l.* 1. & *per totum titulum pro dote.*

Nec ſolum revocabile vel irrevocabile dominium juxta tituli vel rei uſucaptæ naturam præbet uſucapio, ſed & revocabile dominium ante acquiſitum aliquando reddit irrevocabile, & ſicut nihil prohibet reſolubile dominium ex legati cauſa irreſolubile reddi, ſeu quod idem eſt, rem alicujus propriam quoad dominium revocabile ei legari, *l.* 82. §. 1. *de leg.* 1. Sic nec repugnat eum qui revocabile dominium habet, rem propriam uſucapere, & irrevocabile dominium per uſucapionem nanciſci, & præter exemplum quod extat *in l. in bello* 12. §. *etſi ignorans* 8. *de captivis* quem textum jam ſatis explicavi *cap.* 2. *n.* 7. aliud non minus elegans cernitur in bonæ fidei poſſeſſore, qui fructus ex alieno fundo perceptos, aut fœtus, aut fructus ex alienis gregibus ſive pecoribus natos aut perceptos, quorum per reparationem aut fœturam revocabile dominium acquiſivit, poteſt imò & debet uſucapere, ut irrevocabile dominium acquirat ut dixi *cap.* 3. *n.* 26. quamvis contrariam teneant Benedictus Pinellus *lib.* 2. *Selectar. cap.* 1. *n.* 71. & eum ſequutus Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 1. *n.* 41. *cum ſeqq.* quos ex dictis impugnare quilibet poterit. Nec eis favet textus *in l.* 4. §. *Lana* 1. *de uſucap.* ubi quod Paulus reſpondit Lanam ovium furtivarum apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſam uſucapi non debere, ſeu circa eam neceſſariam non eſſe uſucapionem, non eſt intelligendum de ipſo bonæ fidei poſſeſſore, qui lanam perceperat, quem uſucapione indigere ad irrevocabilis dominii acquiſitionem certum eſt, ſed de alio, qui ab eo lanam emerat, quem rectè ſcribit Paulus uſucapione non indigere, quia irrevocabile dominium fuit nactus per traditionem ex cauſa emptionis factam à bonæ fidei poſſeſſore, qui lanam alienatam, ſicuti & cæteros fructus alienatos reſtituere non tenetur, cum de fructibus conſumptis non teneatur *l.* 4. §. 2. *finium regundorum dict. cap.* 35. *inſtit. de rer. diviſ. cum vulgatis*, & fructus ſemel alienati pro conſumptis habeantur ut indicat ultimus verſiculus *dict.* §. 19. quam intelligentiam, ne in his quæ rectè jam ſunt dicta immoremur, tradit & eam ex textus littera validiſſimis juris rationibus docet & ſubtiliter fundat Galvanus de uſufructu *cap.* 28. *n.* 2. 10. & 13. qui & advertit etiam olim bonitarium dominium revocabile per præſcriptionem reddi potuiſſe irrevocabile, ut conſtat ex *dict. l.* 3. *C. de his quæ vi metuſve cauſa geſta ſunt.* 9

Ex pleno autem dominio quod omni jure 10
parit uſucapio, plures effectus ex ipſius dominii qualitate dimetiendi dimanant, etenim ſi dominium per uſucapionem acquiſitum ſit irrevocabile, qui uſucapit omnibus dominii effectibus fruitur, rem uſucaptam poteſt per exceptionem retinere *l.* 4. *in prin. de alienat. judic. mut. cauſa facta*, *l.* 4. *C. de rei vindic. l.* 2. *C. de reb. alien. vel non*, eamque à quocumque poſſeſſore, quamvis vetus ſit Dominus vindicare *l.* 1. §. 1. *de Publiciana l.* 23 *de rei vindicatione* Aſſim. ad rubricam noſtri tituli *n.* 292. *cum ſequenti* fruc-

tus & partus rei uſucaptæ lucratur *l. ult. de acquir. rer. domin.* per ſervum uſucaptum ex omnibus cauſis acquirit *l.* 10. §. *ult. eod. tit.* §. *de his autem* 4. *verſiculo, ſed bona fidei poſſeſſor. inſtit. per quas perſonas nobis acquir.* cumque poteſt manumittere ut ab argumento probat textus *in l.* 5. pro donato pro cujus explicatione videnda quæ dixi *cap.* 1. *n.* 7. nec tantum circa uſucapientem, ſed & circa eum à quo ipſe uſucapiendi cauſâ habuit effectum, operatur uſucapio, etenim cum is qui uſucepit non à veteri Domino, ſed ab eo qui uſucapionis cauſam præſtitit cepiſſe videatur, ut aſſerit Paulus in celebri textu *in dict. l.* 33. *de mortis cauſ. donat.* ex quo explicandum difficilem textum *in l.* 44. *de donat. inter virum & uxor. ſupra cap.* 3. *n.* 8. animadverti, inde provenit quod qui alienum hominem in ſolutum dedit, quamvis tunc liberari non potuerit cum dominium non transtulerit, uſucapto tamen homine liberatur, ſingularis textus *in l. is qui alienum* 60. *de ſolutionib.* quod non alia ratione nititur quam quæ redditur *in dict. l.* 33. quod ſcilicet qui uſucepit, ab eo qui dedit in ſolutum dominium cepiſſe intelligitur, cujus doctrinæ veritas ex eo etiam dignoſcitur quod oterque textus nempè *in dict. l.* 33. & *in dict. l.* 60. eundem habet autorem & ſub eadem inſcriptione Paulum ſcilicet *lib.* 4. *ad Plautium*, ut fateri cogamur Paulum ejus deciſionis quæ legitur *in dict. l.* 60. rationem præſtitiſſe *in dict. l.* 33. Hinc etiam ni fallor fuit quod qui rem alienam vendidit, poſtquam emptor eam uſucepit, deſinit ei teneri de evictione *dict. l.* 54. *de evictionibus*, quia quod res jam evinci non poſſit, facit uſucapio, quæ à venditore cauſam habuit, & in hanc etiam ſententiam dixit Paulos *in l. ſi victor* 56. §. 3. *eod. tit.* quod ſi cum emptor poſſit uſucapere culpa ſua non uſucepit, & ob id evicto contigerit, venditor de evictione non tenetur, cum expeditum ſit, quoties emptoris culpâ res evincitur, de evictione actionem ceſſare *l.* 66. *cum ſimilibus de evictionibus.* Sin autem reſolobile ſeu revocabile dontaxat dominiom per uſocapionem fuerit acquiſitum circa ejus effectus idem ſtatuendum eſſe, quod dicitur de dominio reſolubili ſeu revocabili per alium qoemcumque modum acquiſito, quod quia non eſt noſtræ tractationis peculiare, & longum foret percurrere, videndum apud noſtrum Valentiam *lib.* 3. *illuſt. tractat.* 6. *cap.* 2. *n.* 10. *cum ſeqq.* & Galvanum do uſofructu *cap.* 35.*n.* 4. & 5. *pro expoſitione* difficilis textus *in l.* 18. *de rei vindicat.* conſolendi Cujacius *lib.* 20. *quæſt. Papin. in l.* 3. *de pignorib.* Pettus Faber *lib.* 2. *Semeſt. cap.* 17. & Bachov. de pignorib. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 4.

11 Verum licet oſucapio hæc afferat emolumenta & dominium veteri Domino auferat, tamen nec omnia præſtat uſucapienti, nec cætera jura præter dominium in re uſucapta, vel ad rem uſucaptam perimit, de quibus ut ſeparatim agamus, conſtat quod qui fundum uſucepit, quamvis in conſequentiam ſervitutes fundo inhærentes, utporè inſeparabiles, ejus qualitates acquirat *l. ſi aliena.* 10. §. 1. *de uſucap.* Theſaurum tamen in uſucapto fundo exiſtentem (Theſaorum in præſenti diximus non pecuniam quæ olim condita, nunc cujus ſit ignoratur, pro ut ſumitur *in l.* 31. §. 1. *de acquir. rer. dom. & in* §. *theſauros* 39. *inſtit. de rer. diviſ.* Sed ex contrario pecuniam ouper depoſitam, cujus Dominus non ignoratur, prout accipitur *in l.* 15. *ad exhibendum, & aliis in locis* quos vulgo obſervant interpretes *in dict.* §. 39.) Non acquirit, quia aut Theſautum in fundo depoſitum ſciebat, & propter malam fidem, ipſum occupare non potuit, aut ignorabat; & ex defectu poſſeſſionis, eum ſimiliter non potuit per uſucapionem acquirere ut contra aliquos contrarium ſentientes Paulus diſputat *in l.* 3. §. 3. *de acquir. poſſeſſ.* ubi Cujacius & Duarenus ulterius adhuc impleta uſucapio jura in re ipſa uſucapta aliis ante uſucapionem à Domino conſtituta non perimit, ut poue uſucapto fundo ſervitutes tam perſonales quam prædiales fundo impoſitæ non extinguuntur, ſed adhuc durant, diſerti textus *in l.* 17. §. 2. *de uſufr. l.* 19. *quib. mod. uſusfruct. amitt. l. juſto* 44. §. 5. *de uſucap.* quippè cum rebus ipſis inhæreant, ſicuti per aliam quamlibet dominii mutationem ſeu alienationem quæ ſemper fit cum ſua cauſa *l.* 67. *de contrah. empt.* non extinguitur *l.* 23. §. 2. *de ſervit. ruſtic. l.* 20. §. 1. *de acquir. rer. domin.* Sic nec per uſucapionem, quæ ſpecies quædam eſt alienationis *l.* 28. *de verb. ſignif.* debent extiugui, ſimiliter & jus pignoris ſemel utiliter conſtitutum, quod per ſupervenientem alienationem non extinguitur, ſed rem ipſam afficit, & eam comitatur, ad quemcumque tranſeat poſſeſſorem *l. ſi convenerit* 18. §. *ſi fundus* 2. *de pignor. act. l. ult.* §. 1. *de donationib. cum vulgat.* per ſubſecutam uſucapionem non extinguitur *l.* 1. §. 2. *de pignoribus l.* 44. §. 1. *de damno infecto l.* 44. §. 5. *de uſucap.* quia uſucapio tota fertur ad dominium, & quæſtio pignoris ſemel utiliter conſtituta ab intentione dominii ſeparatur, & nulla ſocietate dominio conjungitur ut eleganter ait Papinianus *in dict. l.* 7. §. 2. *& in dict. l.* 44. §. 5.

Sed illud obſtat quod per longi temporis præſcriptionem tollitur pignoris perſecutio ut probat textus *in l.* 5. §. 1. *l.* 12. *de diverſ. & temp. præſcript. l.* 7. *l. ult. C. de oblig. & act. l.* 1. *&* 2. *ſi adverſus creditor. præſcrip. appon. l.* 19. *C. de evictionib.* Ergo & ſimiliter per oſucapionem pignus extinguitur, omiſſa tamen communi ſolutione, quam tradunt plures quos referunt & ſequuntur Arias de Meza *lib.* 1. *var. cap.* 47. *per totum & præcipuè n.* 15. *&* 16. D. Olea *de ceſſione jur. tit.* 5. *quæſt.* 7. *n.* 19. tenendum eſſe cum Donello *lib.* 5. *comment. cap.* 19. & *in dict. l.* 76. *de pignorib.* per longi temporis præſcriptionem ortam ex diuturno ſilentio debitoris, non magis quam per uſucapionem pignoris perſecutionem extingui, cum non magis dominio per præſcriptionem, quam per uſucapionem quæſito aliqua ſocietate conjungatur pignus, nec id ſupra expenſos textus negare, quia ſolum aſſerunt per longi temporis præſcriptionem ex diuturno ſilentio creditoris productam ita pignoris perſecutionem extingui, ut ſi creditor pignus perſequatur, poſſit per exceptionem ſubmoveri ut proſequitur Donell. ubi ſupra aliam etiam differentiam excitat, diloitque ſimul Papinianus *in dict. l.* 1. §. 2. *de pignorib.* ubi cum prædium pignori datum fuiſſet, nominatimque conveniſſet, ut fructus etiam pignori eſſent, quærebatur an bonæ fidei poſſeſſor (de quo oeceſſario textus accipiendus eſt, non de novo Domino ut cum judicio docet Antonius Faber in ejus poſthumo rationali) fructus utili Serviana id eſt directa actione hypothecaria, (quæ ideo utilis Serviana appellatur, quia ad exemplum Servianæ fuit inducta §. *item Serviana* 7. *inſtit. de actionibus*) reſtituere cogendus eſſet;

& reſpondet Papinianus bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos reſtituere non cogendum, non obſcurè judicans extantes fructus reſtituere teneri, ut ex *l. ſi fundus* 16. §. 4. *de pignorib.* probat & contra Antonium Fabrum *de erroribus Pragmat. Decade* 93. *error.* 2. fundat Bachovius *de pignorib.* 12. *cap.* 15 *n.* 5. difficultas in eo eſt quod jus pignoris ab initio utiliter fuit in fructibus radicatum, utpotè qui dum prædio cohærebant tanquam ejus pars *l.* 44. *de rei vindic.* fuerunt in bonis debitoris, ergo quamvis poſtea per ſeparationem ſactam à bonæ fidei poſſeſſore, & per ſubſecutam conſumptionem dominii mutatio intereeſſerit, non ideò pignus debuit extingui, aut ſi extinguitur, utique & per uſucapionem debet extingui. Hanc objectionem prævidens Papinianus ſatetur ſuperiorem rationem efficere ut jus pignoris ſemel utiliter fructibus conſtitutum non extinguatur per ſupervenientem ſeparationem aut uſucapionem ex parte bonæ fidei poſſeſſoris, non tamen ut non extinguatur per ſubſecutam conſumptionem, quæ licet quoad irrevocabilem fructuum acquiſitionem pari paſſu ambuletur cum uſucapione, ut ſupra diximus, in propoſito tamen multum ab uſucapione diſtat, uſucapio irrevocabile dominium fructuum præſtat bonæ fidei poſſeſſori; pignus autem ab initio in fructibus radicatum, quod jam in eſſe productum nihil habet commune cum dominio non extingui, conſumptio ex contrario perimit omnes fructus pignori obligatos, ac per conſequens & pignus ipſum, quod cum ſit qualitas ſine ſubjecto nequit exiſtere, & extinctâ re pignori obligatâ neceſſariò finitur *l.* 8. *quibus mod. pignus vel hypotheca. ſolv. l.* 25. *C. de pignorib.* ſic differentiæ rationem quam inter uſucapionem & conſumptionem tradit Papinianus, explicat Cujacius *lib.* 11. *reſponſorum ejuſdem in dict. l.* 1. §. 2. *de pignoribus.*

13 Nec jura etiam ad rem ipſam uſucaptam perimit uſucapio, adeo ut non nunquam qui non niſi fruſtra rei vindicatione rem peteret, poſſit tamen ejus nomine perſonali actione adverſus eum qui uſucapit experiri, exempli gratiâ, qui per errorem alienam rem dedit in ſolutum, adhuc poſt perfectam uſucapionem poteſt per indebiti condictionem rem uſucaptam indebiti ſolutum repetere *l.* 15. §. 1. *de condict. indeb.* quia cum is, qui per errorem ſolvit, quamvis ſtatim dominium tranſtuliſſet poſſet condicere etiam rem alienam ſolutam & ex ea cauſa uſucaptam poteſt repetere ut docet Duarenus *in paraph. ad tit. de condict. indeb. cap.* 2. Anton. Faber in ration. *dict. l.* 15. §. 1. Benedictus Pinell. *lib.* 2. *ſelect. cap.* 15. *n.* 4. Accedit quod indebiti condictio, actio perſonalis eſt, perſonales autem actiones præſcribi olim non poterant *l.* 79. *de leg.* 2. *dict. l.* 3. *C. de his quæ vi met.* Donec Theodoſius earum præſcriptionem induxit *in l.* 3. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* ut ex Parladorio ad rem advertit Retes in manuſcriptis *de uſucap. part.* 1. *n.* 37. Ex eadem ratione, licet qui juſtam cauſam habet exiſtimandi ſe hæredem eſſe, rem defuncti pro ſuo poſſit uſucapere ut dixi *cap.* 3. *n.* 34. *cum ſeq.* tamen etiam poſt impletam uſucapionem poterit à vero hærede petitione hæreditatis conveniri, quæ cum mixta ſit actio tam in rem quam in perſonam ut fundat Amaya *lib.* 3. *obſervat. cap.* 2. *n.* 8. *cum ſeqq.* nec ante Theodoſium potuit per uſucapionem aut præſcriptionem extingui *l.* 8. *C. de jur. delib.* Nec poſt Theodoſium finitur niſi per triginta annorum ſpatium, & hanc ſententiam continent textus *in l.* 7. *C. de hæreditatis petit. l.* 4. *C. in quibus cauſis ceſſat long. temp. præſcript.* in quibus quod dicitur hæreditatis petitionem longi temporis præſcriptione non ſubmoveri, ſeu hæreditatem petentibus longi temporis præſcriptionem non nocere, non eum ſenſum habet, quaſi petitio hæreditatis vero hæredi competens uſucapionem aut præſcriptionem impediat, ut falsò aliqui cenſuerunt, ſed imo debet exaudiri, ut hæreditatis petitio, non quidem uſucapionem ſeu præſcriptionem prohibeat, ſed tamen adhuc poſt uſucapionem aut præſcriptionem vero hæredi competat adverſus eum qui hæreditatiam rem, quam uſucepit poſſidens, facit controverſiam hæreditatis, cum nec per uſucapionem, nec præſcriptionem extingui potuerit, tradunt Cujacius *ad tit. C. in quibus cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript.* & Amaya nuper laudatus; interdum etiam veteri Domino non quidem adverſus eum qui uſucepit, ſed contra eum qui uſucapiendi cauſam præſtitit, actio ſupereſt, ut ecce, quamvis ſocius vel cohæres rem communem pro ſocii aut cohæredis parte ex defectu tituli uſucapere non poſſit *l.* 22. *C. famil. erciſc. l.* 3. *C. in quib. cauſis ceſſat*, ſi tamen alius qui ab uno ex ſociis vel cohæredibus rem ex juſto titulo acceperit, cum uſuceperit ut in terminis textùs *in l. ult. pro dote ſocio vel cohærede*, adverſus cum qui uſucapiendi cauſam præſtitit ex cujus facto præjudicium eum pati iniquum eſſet communi dividundo vel familiæ erciſcundæ actio competit *l.* 1. *C. de comm. rer. alien.* niſi abſque ſocii vel cohæredis facto res ab extraneo ſit uſucapta, quo caſu res ipſa omninò de judicio ſubducitur *l.* 14. ſic intelligenda famil. erciſcund. dixi ab extraneo, quia ſi unus ex cohæredibus rem hæreditatiam uſuceperit, non ideò eam judicio familiæ erciſcundæ ſubducit *l.* 9. *eod. tit.* de cujus conciliatione cum *l. & non tantum* 19. §. 1. *de hæred. petit.* adeundi Cujacius *n.* 20. & 23. Paul. ad edictum in his juribus & Antonius Faber in eorum rationalib. ſimilis alter caſus quo verus Dominus contra eum qui præbuit uſucapiendi conditionem poteſt experiri, extat *in l.* 20. §. *ult. cum l. ſeq. de hæredit. petit.* ubi videndus Faber in rational.

Ulterius nec perfecta uſucapio libertatis ſpem 14
ſtatu libero poteſt adimere, quod ut clarius intelligatur ſciendum breviter eſt, ſtatu liberum cum dici qui in diem vel ſub conditione liber eſſe juſſus eſt *l.* 1. *de ſtat. lib.* nec ſtatim ſtatu liberi cauſam apprehendere, ſed ab adita hæreditate *l.* 2. *eod. tit.* eo videlicet tempore quo libertas purè relicta competeret *l.* 23. *de manumiſ. teſtam. l. un.* §. *libertatibus* 6. *C. de Caducis*, & ſtatu liberi jura per hæredem fieri non poſſe duriora *l.* 33. *de ſtat. lib.* ita ut ſtatu liber quamvis tanquam interim hæredis ſervus *l. non ideo* 66. *de rei vindic.* poſſit ab eo pignori dari & alienari *l.* 13. §. 1. *de pignorib. l.* 45. §. *ult. de fideicom. libert. l.* 25. *de ſtat. lib.* non tamen ex eo ſpem libertatis amittat, imò ſivè veniente aut exiſtente, ſeu impletâ quandocumque conditione libertatem conſequatur ut conſtat ex dictis juribus, & docet Cujacius 2. *quæſt.* Pap. *in dict. l.* 33. *de ſtat. liberis* unde provenit quod cum ſuperveniens ſtatu liberi alienatio ſpem ſtatutæ libertatis non auferat, nec etiam uſucapio eam ſpem poteſt fraudare: diſerti textus *in l.* 24. §. *ult. l.* 55. §. 1. *verſ. ſic denique de fideicom libert. dict. l.* 2. *de ſtatu liberis l.* 13. *C. de teſtam. manumiſ.* Ex quibus leviter præter morem ſub doctiorum cenſura emendare auſim Ulpiani fragmentum *tit. de ſtat. liberis* §. *ſtatu liber* 2. cujus verba hæc ſunt *ſtatu liber ſeu alienetur ab hærede, ſeu ſuſcipiatur ab*

aliquo libertatis conditionem ſecum trahit, loco verbi *ſuſcipiatur* quod nullum commodum ſenſum reddit legendum eaiſtimo *uſucapiatur* ut ſenſus ſit quod ſtatu liber, ſeu alienatus, ſeu captus ſit, non perdit ſpem libertatis, ſed ejus conditionem ſecum trahit, & eum ſua cauſa alienatus ſeu uſucaptus intelligitur, ut dixerat idem Ulpian. *in dict. l.* 2. *de ſtat. lib.* ubi adjicit hanc doctrinam procedere ſi ſtatu liber poſt aditam hæreditatem, & ſic poſtquam ſtatu liberi cauſam apprehenderit fuerit uſucaptus, ſi verò ante aditam hæreditatem uſucaptus ſit, ſpem ſtatutæ libertatis interdicere docet, utpotè cum non poſſit dici eum ſua cauſa uſucaptus, qui impleræ uſucapionis tempore nondum ſtatu liberi cauſam apprehenderat, quod ſtricta juris ratio expoſcit, libertatis autem favor extorſit, ut ſtatus libertatis ſpes per uſucapionem ante aditam hæreditatem perfectam extincta adita poſtea hæreditate reintegretur, ita ot ſervus in diei adventum aut conditionis exiſtentiam libertatem poſſit ſperare ut idem Ulpianus affirmat *in l.* 9. §. *ult. de ſtat. lib.* ex quo textu ſupplendus eſt alter ejuſdem Conſulti *in dict. l.* 2. *eod. tit.*

15 Ex quibus omnibus ſummè difficile redditur quod aſſerit Papinianus *in l.* 2. *in fine de uſufruct.* legato uſucaptu ſervo extingui legatum operarum, quippe cum uſusfructus ſervi in operis conſiſtat, & retro operæ ſervi in fructu ſiut *l.* 3. & 4. *de oper. ſerv.* & ſervi uſucapio uſumfructum non extinguat ut dixi *n.* 11. utique nec operarum legatum extinguere poſſe videtur. Rurſus ſive is cui operæ ſervi legatæ ſunt, in rem habeat actionem, ſive in perſonam operarum legatum uſucapionem non perimere videbatur, cum præter dominium nulla alia jura ſive in re uſucapta ſive ad eam uſucapiendam adimere ex *n.* 11. diximus, quibus inſuper habitis rectè inter uſumfructum & operas eam inter alias differentiam adhibuit Papinianus *in dict. l.* 2. quod uſusfructus tanquam in ipſo ſervo radicatus per ejus uſucapionem non extinguitur, legatum autem operarum ſervi ideo per ejus uſucapionem perimitur, quia is cui operæ legatæ ſunt non acquirit jus in re, ſed ad rem, & actionem ſolum in perſonam adverſus hæredem, quæ perſonam dontaxat obligati afficit non ſervum contentum in obligatione, ut ab argumento probat textus *in l.* 3. §. 8. *de ſtat. liber.* & à ſimili ſuadetur ex eo quod qui fructus aliquos promittit aut legat eum deſignatione fundi, non conſtituit jus aliquod in fundo, ſed ipſe tantum vel ejus hæres remanet perſunaliter obligatus. *l. ult.* §. 1. *de contrah. emptione l.* 12. *de ann. leg.* Cujacius *lib.* 24. *obſerv. cap.* 21. Donell. *lib.* 9. *comment. cap.* 21. ubi Oſſuald. *litt. R.* Sic ergo pariter operis ſervi promiſſis aut legatis, nullum jus in ſervo conſtituitur, ſed ſolum ex ea cauſa competit actio perſonalis, nec operas debet ipſe ſervus qui eas præſtiturus eſt, ſed Dominus qui eas promiſit aut hæres à quo ipſæ legatæ ſunt, quapropter operæ ſervi inter ſervitutes non recenſentur ut docet Cujacius *quæſt.* 17. *Papin. in dict. l.* 2. *de uſufructu legato*, & Oſſuald. ad Donell. *lib.* 10. *cap.* 22. *lite. B.* in perſunam autem actio, cum non rem ſed obligatum ejuſque ſucceſſores ſubſequatur. *l.* 25. *in prin. verſ. in perſonam de oblig.* & actionibus competere non poteſt adverſus eum qui ſervum uſucepit, & ſie uſucapto ſervo extinguitur legatum operum, docet Cujacius *dict. lib.* 17. *quæſt. Papin. in dict. l.* 2. *de uſufr. leg. & lib.* 19. *obſerv. cap.* 23. cui ſubſcribit alios referens Arias de Meſa *lib.* 1. *var. cap.* 47. *n.* 14.

Occurrit tamen adhuc quod quamvis in perſonam actio quæ naſcitur ex legato operarum non poſſit competere adverſus eum, qui ſervum uſucepit, competere tamen debet adverſus ipſum hæredem à quo operæ legatæ ſunt, qui cum non dolum duntaxat, ſed & culpam in rebus legatis præſtet *l.* 47. §. 5. *de legat.* 1. non debuit per uſucapionem liberari cum culpam commiſerit, hoc ipſo quod ſervum eujus operæ legatæ fuerunt non vindicavit & uſucapi paſſus eſt, ut probat ab argumento textus *in dict. l.* 55. §. 1. *in fine de fideicom. libert.* & elegantius oſtenditur exemplo mariti, qui quia in rebus dotalibus dolum & culpam præſtat *l. in rebus* 17. *de jur. dot. cum ſimilib.* ſi fundum dotalem quem bonæ fidei poſſeſſor, priuſquam in dotem daretur, cœperat uſucapere, vindicare neglexerit, & uſucapi paſſus ſit, rem ſui periculi feciſſe dicitur, id eſt eo nomine ſoluto matrimonio dotis judicio conveniri debere *l.* 18. *de fundo dot.* Ergo nec hæres à quo operæ legatæ ſunt propter ſervi uſucapionem poterit ab operarum legato liberari. Huic difficultati, quam omnes quos viderim diſſimularunt, reſpondeo Papiniani ſententiam *in dict. l.* 2. jure procedere ſivè vivo teſtatore, ſivè poſt mortem ejus & aditionem hæreditatis ſervus uſucaptus ſit, & quidem ſi ſervi uſucapio vivo teſtatore contigerit, nullo ſcientiæ vel ignorantiæ teſtatoris diſcrimine habito operarum legatum extinguitur argumento *l.* 44. §. 9. *de condit. & demonſtrat.* junctis quæ pro ejus explicatione noviter dixi *cap.* 5. *n.* 6. nec hæredi poteſt imputari, cur ſervum ante uſucapionem non vindicaverit, quem non niſi fruſtra vivo teſtatore vindicaret; ſi verò poſt mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis ſervus uſucaptus ſit, multum intereſſe exiſtimo an ſinè culpa, vel facto hæredis uſucapio fuerit perfecta, an ex ejus culpa vel facto, ita ut abſque facto & culpa operarum legatum extinguatur ut probant textus *in l.* 21. §. 3. *verſ.* quod ſi *l.* 58. §. 6. in fine juncto ibi Cujacio *lib.* 19. *reſponſ. Papin. ad Trebell.* & præter juris rationem, quæ cum dictet hæredem per interitum rei legatæ abſque ejus facto vel culpa contingentem liberari §. *ſi res legata* 16. *Inſtit. de legatis*, efficit ut etiam hæres per uſucapionem rei legatæ ſine ejus facto, vel culpa contingentem liberetur, cum uſucapio ſic contingens fortuito caſui æquiparetur à Papiniano *in dict. l.* 58. §. 6. *in fine ad Trebell.* Suadet etiam hoc ipſum textus *in dict. l.* 16. *verſ. Planè de fundo dotali.* in cujus nuper expenſa ſpecie maritus, cui nihil poteſt imputari cur fundum dotalem, antequam uſucaperetur non vindicaverit, veluti cum pauciſſimi dies ad perficiendam uſucapionem ſuperfuerunt, eo nomine dotis judicio non tenetur, ſin autem ex hæredis facto vel culpa ſervi uſucapio proceſſerit operarum legatum non perimit, ſed eo nomine actio ex teſtamento competit legatario adverſus hæredem, qui non potuit per uſucapionem ſic contingentem liberari, ex his quæ in argumento diximus quibus & jungendus eſt textus idem aſſumptum à contrario ſenſu evincens *in dict. l.* 22. §. 3. *verſ. quod ſi ad Trebellianum* quod ergo generaliter *in dict. l.* 2. *de uſufructu legato* Papinianus ſcribit uſucapto ſervo extingui legatum operarum de uſucapione vivo teſtatore, vel poſt ejus mortem & aditionem hæreditatis abſque hæredis culpa vel facto contingente, neceſſariò intelligendum eſt quibus noſtrum de uſucapionibus tractatum abſolvimus. 16

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XV.

De eo quod certo loco dari oportet , & ad Titulum Codicis , ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit.

CAPUT PRIMUM.

In quo de certo loco quibuſlibet diſpoſitionibus inſerto quædam prælibantur , Ratio inductiva actionis arbitrariæ de eo quod certo loco , & cauſæ ex quibus illa naſcitur , diſquiruntur.

1 ARBITRARIÆ actionis explicationem de eo quod certo loco, quæ ex prætoria æquitate profluxit, non aliter commodè tradere poſſumus, quàm ſi in veſtibulo certi loci quibuſlibet diſpoſitionibus adjecti poteſtatem præmunſtraverimus, certus igitur locus neceſſitatis nonnunquàm ratione, ſæpè utilitatis causâ diſpoſitionibus inſeritur; neceſſariò locus addicitur ſtipulationi, quâ domus, ſeu inſula ædificanda promittitur; alioquin ſi non demonſtrato loco Domum, aut inſulam fieri aliquis ſtipuletur, inutilis erit ſtipulatio *l. 2. §. ſi quis inſulam 5. hoc tit. l. qui inſulam 95. l. ita ſtipulatus 115. de verb. obligat.* Etenim ſtipulatio utpote id inventa, ut unuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, omninò inutilis eſt, ubi nullum affert ſtipulanti compendium. *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. l. ſi ita 97. §. 1. eod.* Domus autem ſeu inſulæ conſtruendæ ſtipulatio non deſignato certo loco nullam pareret ſtipulanti utilitatem, cum liberum eſſet promiſſori domum, aut inſulam etiam in alieno ſolo ædificare, quod eſſet ſtipulanti prorsùs inutile ex vulgari regula quæ habet, ædificium ſolo cedere, ejuſque ſequi conditionem *l. adeo 7. §. cum in ſuo 10. de acquir. rer. dom. §. cum in ſuo 29. de rer. diviſ. cum ſimilibus.* Quamobrem nec ſemper adhibita certi loci deſignatione ſuperior ſtipulatio conſiſtit, ſed ita demum, ſi deſignato loco domum, ſeu inſulam fieri interſit ſtipulantis, ut ſignanter adjicit Marcel. *in d. l. 95. de verb. obligat.* veluti ſi deſignatus locus ſit proprius ſtipulantis, aut alienus quidem, ſed in quo ipſe priùs domum, aut inſulam faciendam promiſerat, aut conduxerat *d. l. 38. §. ſi quis inſulam 21. eod. tit.* docet Donell. *in d. l. 115. de verb. obligat. n. 12.* quibus terminis ſuppoſitis facile exponuntur textus *in d. l. 38. §. 21.* & *l. ſi inſulam 84. eod.* Et ſi qui ſimiles inveniantur, in quibus extant exempla utilium ſtipulationum, quibus inſula ædificanda promittitur, nec tamen certus locus appoſitus legitur; quippe cum in dictis juribus de hujuſmodi ſtipulationis utilitate Conſulti non diſputarent, imo eâ ſuppoſita alias quæſtiones exagitarent; neceſſario ſupponendum eſt ſtipulationes rite & recte fuiſſe peractas, & idoneum locum fuiſſe deſignatum, ut cum judicio admonuit Franciſcus Ripa *in d. l. 10.* difficilior ſane videri poteſt ignotus ad rem textus *in l. qui res 98. §. mihi Romæ 6. de ſolut.* ubi ſi quis inſulam in ſuo ſolo, aut Titii loco ædificari ſtipulatur, aſſerit Paulus utilem eſſe ſtipulationem, & promiſſori licere etiam in Titii loco ædificare, ita ut perinde ab obliganti vinculo liberetur, ac ſi in proprio ſtipulantis ſolo ædificaſſet; nunc ſic, en ubi ſtipulatio, quâ inſula conſtruenda promittitur, non ex eo inutilis eſt, quod liberum ſit promiſſori etiam in alieno ſolo inſulam ædificare: ergo & ſtipulatio inſulæ ædificandæ abſque loci deſignatione concepta non ex eo inutilis eſſe debet, quod promiſſori liceat inſulam etiam in alieno ſolo conſtruere; pro cujus dubii ſolutione dicendum puto, ſtipulationem de qua *in d. §. 6.* ideo utilem eſſe, quia facultas ex ea competens promiſſori inſulam in alieno ſolo ædificandi, vaga & incerta non eſt, imo limitata & adjecti loco adſtricta, nec ſtipulanti lucrum adimi; qui vel ædificium acquiret,

ſi in ejus ſolo promiſſor ædificatet , vel ſi promiſſor electione , ſeu conditione ſtipulationis oſus inſulam in adjecti loco conſtruxerit , ædificii ſaltem impenſas ab adjecto conſequetur, ut ſuadent textus *in l. Julianus* 141. §. 1. *de verb. obligat. d. l.* 98. §. *qui ſtipulatus* 5. *in fine de ſolut.* §. *ſi quis aliis* 4. *verb. ſed illi inſtitut. de inutilib.*

2 Hæc autem doctrina qua diximus inſulæ fabricandæ ſtipulationem ſine loci demonſtratione conceptam, inutilem eſſe , meo judicio tunc ſolum vera eſt , cum proprium ſolum ſtipulator non habet , ſed ſi proprium aliquod ſolum habeat ſtipulator , nec id promiſſor ignoret , etiam ſine lucida ſignatione hujuſmodi ſtipulationem ſubſiſtere , auſim affirmare , quia veriſimile eſt, id inter contrahentes actum eſſe, ut in proprio ſtipulantis ſolo inſula fieret , & in ſtipulatione , quamvis ſtricti juris ſit *l. quidquid* 99. *de verb. obligat. l. ſtipulatus* 44. *de fidejuſſorib.* verba latius recipiuntur , & ex mente contrahentium interpretationem accipiunt , eò inſpecto , quod inter ipſos veriſimiliter agebatur *l. ſi mihi* 110. §. 1. *cum l. ſeq. de verb. obligat. l. ſemper* 4. *de Regul. juris* ; tum etiam nam ſi daremus aliquam præfatam ſtipulationis ambiguitatem , quam tamen veriſimilitudo mentis contrahentium excludit in ambiguo ſenſu ſermonis , ille acquirendus eſſet , quo magis ſtipulatio ſuſtineretur ex generali regula textus *in l. quoties* 80. *de verb. obligat.* junctis quæ tradunt Petrus Faber *in l. in teſtamentis* 12. *de Reg. jur.* & Giphan. *in d. l.* 99. *de verb. obligat. n.* 4. Ruſſus ſicuti ædificium omne ſolum exigit , ſine quo ſtare non poteſt , ita ſervitus quælibet prædialis neceſſariò prædium deſiderat , ſine quo conſtitui non poteſt *l.* 1. §. 1. *l. ſi quis duas.* 6. *com. præd.* §. *ideo* 3. *inſtit. de ſervitut.* adeo ut qui prædium non habet , inutiliter ſervitutem ſtipuletur *l. pâro* 98. *de verb. obligat.* & tamen qui prædium aliquod proprium habet , etiam ſine ejus deſignatione utiliter ſervitutem ſtipulatur , ut nullus dubitavit hactenus ; ergo pariter qui proprium aliquod ſolum habet , etiam abſque ſoli demonſtratione inſulam fieri recte ſtipulatur ; ex eo tandem mea ſententia ſuadetur , quod Pap. *in d. l.* 115. *in princip. de verb. obligat.* ſtipulationem , qua non demonſtrato loco inſula ædificanda promittitur , ſimilem facit ſtipulationi , qua non adjecto nomine fundus dari promittitur , & utramque propter incertitudinem & defectum compendii ex parte ſtipulantis inutilem eſſe ſcribit ; atqui ſi proprium aliquem fundum habeat promiſſor , etiam non adjecto nomine ſundum utiliter dare promittit , & proprium promittere intelligitur , quia id veriſimiliter inter contrahentes actum creditur in meliori ſententia & veriori , quam probant diſerti textus ſic intelligendi *in l. ubi* 75. §. 1. *de verb. obligat.* & ab argumento textus *in l. ſi domus* 71. *de legat.* 1. *junct. l. quod in rerum* 24. §. *penult. eod. tit.* & hanc ſententiam amplectitur Cujacius ad pandect. *in l. ſtipulationum. n.* 74. *de verb. obligat.* & *lib.* 4. *reſponſ. Papin. in l. cum poſt* 69. §. *Gener* 4. *de jure dotium.* ergo ex eadem veriſimilitudinis ratione dicendum eſt eum , qui proprium aliquem locum habet , & etiam non deſignat loco inſulam fieri utiliter ſtipulari.

3 Tunc ergo ſolum exigitur certi loci deſignatio , cum Domus , ſeu inſula ædificanda promittitur , & proprium locum ſtipulator non habet , extra hunc caſum neceſſariò nunquam locus adjicitur , utilitatis tamen cauſâ ſæpe quibuſlibet diſpoſitionibus apponi conſuevit , & eis appoſitis ad inſtar certi diei, obligationem quidem non differt, quam nec inducere poteſt , nec extinguere *l. nemo* 55. *de legat. l. obligationum* 44. §. 1. *de obligat. & action.* §. *at ſi ita ſtipularis* 3. *inſtit. de verb. obligat.* executionem tamen ſeu exactionem ſuspendit , & diſpoſitio cum adjectione loci concepta , licet exteriori verborum cortice inſpecto pura videatur , ex re ipſa dilationem capit , & tacite tempus complectitur , quo debitor poſſit ad deſignatum locum pervenire *l. quoties* 24. *de op. lib. l. Si peculium* 20. §. *penult. in fin. l. ſervus* 34. §. 1. *verb. nam & cum Roma de ſtat. liber. l. cum qui* 41. *l. intendunt* 137. *l. continuus.* §. *cum ita* 2. *de verb. obligat l. eandem* 9. §. *ult. de duobus reis. l. Si teſtamento* 49. §. *ult. de fidejuſſorib.* §. *loca* 5. *de verb. obligat.* hoc quidem tempus certum & definitum non eſt , ſed Judicis arbitrio definiendum relinquitur , qui tamquam vir bonus habitâ ratione temporis , ſexuum , ætatis , & valetudinis æſtimabitur , quo tempore debitor tamquam diligens Paterfamil. id agens ut mature pervenire poſſit ad deſtinatum locum , ut Venuleius reſpondet *in d. l.* 137. §. 2. Licet aliud in ſtipulationibus judicio ſiſti obſervetur , in quibus itinera certa & definita ſunt à prætore , qui ſpecialiorem curam geſſit , juxta textum *in l.* 1. *ſi quis caut. l.* 3. *de verb. ſignif.* quos ſic & recte intelligit Reres 2. *p. de verb. obligat. tract.* 4. *n.* 27. licet aliter ex aliorum ſententia Gonz. *in Comm. ad text. in cap. nonnulli* 28. *de reſcript. n.* 6. ex eo autem quod tempus inhærens diſpoſitioni cum adjectione loci conceptæ Judicis arbitrio computandum relinquitur , provenit , quod ſi debitor felici forſan navigatione , ideſt navigiis curſoriis vento proſpero adjuvatis , curſu , vel diplomate , ideſt publici curſûs evectione , prout relictis Accurſii deliramentis ex Donell. Duar. & Cujac. explicat D. Didacus Salcedo *ad l.* 2. *Cod. de curioſis , vel ſtationar. lib.* 12. *n.* 62. qui publici curſus tractationem mirâ eruditione locupletavit maturius , quàm quiſquam ſolet ad deſignatum locum pervenire , confeſtim convenire poſſit , quo ſenſu accipiendus Conſult. *in d. l.* 137. §. 2. *de verb. obligat.* dum in hujuſmodi ſpecie ſic ait ; confeſtim obligatus ſicuti & attento exemptionis effectu ex ſtipulatione cum adjectione loci contracta , non ante obligationem , aut actionem oriri , quàm ad deſtinatum locum debitor pervenerit , vel pervenire potuerit , text. *in d. l.* 41. & 2. & 37. *eod. tit.* quia in eo quod tempore & facto finitum eſt , conjecturæ , ſeu Judicis arbitrio locus non ſupereſt ut docet Donell. *in l.* 137. *de verb. obligat.*

Diſquiſitio itaque cum loci adjectione con- 4
cepta præſentem parit obligationem , ſed ita præſentem obligationem , quæ in id tempus differtur , quo juxta Judicis arbitrium ad demonſtratum locum debitor pervenire potuerit , ante quod creditor agere non poteſt , etſi egerit male vel perperam , ſed non jure agere , & litem amittere dicitur , utpote plus tempore petens , expreſſ. Text. *in l.* 2. *h. qui ita ſti-*

pulatur 6. hoc. tit. d. l. 34. §. 2. verb. nam & cum Roma de ſtat. lib. nec is ſolum litis Jacturam patitur, qui ante diem expreſſe adjectum diſpoſitioni experitur *l. un. §. ult. quando dies uſusfr. leg. §. ſi quis agens 33. in verb. tempore de act.* ſed & is, qui ante diem tacitum ex re ipſa diſpoſitioni inhærentem agit, ut mihi probat textus *in l. puto 98. §. 1. de verb. obligat. junctis d. l. 73. & 137. §. item 3. eod.* egregie ergo fallitur ſubtilis alioquin Anton. Fab. dum in Rationali ad text. *in d. l. 2. §. 6. hoc tit.* aſſerere non dubitat creditorem ante diem, quo debitor ad deſignatum locum pervenire potuerit, non malè, ſed nil agere, & ſic agentem litem non amittere, quaſi nec ante ullam actionem babeat, quam amittere dici poſſit exemplo conditionalis creditoris, qui ſi (pendente conditione) experiatur, quia nullam habet interim actionem, non male, ſed nil gerit, vel agit, & litis non experitur diſpendium in veriori Sententia, quam affirmant textus *in d. l. un. §. ult. quande dies. l. §. 13. §. ſi ſub conditione 5. de pignor. l. 43. §. ſi ſub condit, de Ædilit. edict.* & Cujac. *lib. 22. obſerv. c. 2.* & Merill. *lib. 3. obſerv. c. 36.* falſo videlicet fundamento Fab. nititur, quod ex jam dictis convincitur, nec amplius Juvat convincere, illud vero notatu dignum eſt textum *in d. l. 2. §. 6. hoc tit. & d. l. 34. §. 1. de ſtat. lib.* loqui de ſtricto Juris judicio, quale eſt, quod ex ſtipulatione competit, nec fruſtra; nam ſi Creditor ante diem, qui ineſt diſpoſitioni cum adjectione loci conceptæ bonæ fidei indicio experiatur, non ideo litem amittit, quia in bonæ fidei Judiciis plus petentium pœna locum non habuit *l. ſi rem 9. §. ult. de pignor. act 1. l. ſi mandavero 17. §. mandati l. 4. §. ſi adhuc de tutel.* & ratio dictat utpote in quibus actor formulam à prætore impetrabat incertam & arbitrariam, quia ex bona fide petebatur, quantum ſibi deberi arbiter æſtimaſſet, & licet plus peteret, tacite profitebatur ſe nolle totum quod petebat conſequi, ſed id tantum, quod ſibi deberetur, ut ex Cicerone Cujac. 2. *quæſt. Paul. in l. 20. §. 1. de interrogat. act.* & *d. l. un. §. 1. Cod. de rei uxor. act.* Petr. Gregor. *lib. 21. ſyntag. c. 8. n. 4.* Hotom. *lib. 8. obſerv. c. 3.* & Gonz. *in comment. ad text. in cap. un. de plus petit. n. 17.*

5 Sed quod diximus diſpoſitionem cum adjectione loci conceptam, dilationem recipere, & creditorem ante diem tacitum agentem litem amittere, ex eo difficile redditur, quod ſi ob aliquam rationem id procederet, maxime quia id, quod in hujusmodi diſpoſitione continetur, ſuâ naturâ tempus deſiderat, intra quod poſſit expediri; ſed hæc ratio non poteſt dilationem inducere: ergo diſpoſitio cum adjectione loci concepta dilationem non recipit; minor probatur; quoties is, qui domi pecuniam, aut Stichum non habet, decem, aut Stichum promittit, aut cum quis Romæ exiſtens, Stichum Carthagine exiſtentem dare promittit. ſtipulatio tempus deſiderat, intra quod traditio fieri poteſt; nec enim qui Stichum aut pecuniam non habet, poteſt ſtatim Stichum, aut pecuniam explicare, nec qui Romæ commoratur, Stichum Carthagine exiſtentem ſtatim Romæ tradere poteſt, & tamen nullo ex his caſibus ſtipulatio dilationem recipit, imo poteſt ſtipulator ſtatim agere, quin litis jacturam patiatur, ut expreſſe dicitur *in d. l. 137. §. illud 4. de verb. obligat.* ſimiliter ergo diſpoſitio cum adjectione loci concepta licet quoad cauſam deducitur, ſuâ naturâ tempus deſideretur, intra quod poſſit experiri, non debet dilationem recipere; pro cujus difficultatis ſolutione cum quæritur an aliqua diſpoſitio ex re ipſa dilationem recipiat, cum Conſulto *in d. 4. §.* ſequentem diſtinctionem ſtatuo, quoties non naturale impedimentum, ſed ſolùm incommodum debitoris, ſeu difficultas præſtationis adeſt prout contingit *in dict. text.* ubi non ideo quia debitor rem debitam præſtare non poſſit, ſed quia ipſe eâ caret diſpoſitione, dilationem non recipit? Difficultas enim præſtationis non ſubintrat ſubſtantiam obligationis *l. ult. de act. empt. l. 2. §. & his 2. in fin. d. l. 137. §. ſi ab eo 5. de verb. obligat.* ut ecce in caſibus in argum. expenſis, quod promiſſor rem promiſſam confeſtim dare non poſſit, non provenit ex impedimento rei, quæ præſtari per rerum naturam non poſſit, ſed ex ipſius promiſſoris incommodo, qui rem promiſſam de præſenti non habet, & eâ ratione dilationem ſtipulatio non recipit; imo licet ſtipulatori abſque ullius diſpendii metu ſtatim adversùs promiſſorem experiri, quamvis ex humanitate ante elapſum modicum temporis ſpatium, quo traditio fieri poſſit, reus promittendi non urgeatur ad ſuſcipiendum judicem *l. ſi domus 71. §. in pecunia 2. de legat. 2. §. item 8, ad Falcid. l. quod dicimus 105. de ſolut.* Text. ſic intelligitur *in §. ult. inſt. de inutil.* Cœterùm ſi naturale adſit impedimentum, ideſt ſi res in obligatione deducta per rerum naturam, nec ab ipſo debitore, nec ab aliis poſſit ſtatim præſtari, neceſſariâ juris ratione diſpoſitio recipit dilationem ob naturale impedimentum, quod ſicuti præſentem præſtationem impoſſibilem reddit, ſic petitionem differt, donec id tempus prætericrit, quo præſtatio fieri poſſit, utpote ſtipulatio, quâ domus ædificanda promittitur, ex re ipſa dilationem capit, & tacitè tempus continet, intra quod promiſſor tanquam diligens ædificator Juxta rationem temporum & locorum domum poſſit ædificare *d. l. 137. §. 3.* quia quod promiſſor domum ſtatim conſtruere non poſſit, non ex ejus pendet incommodo, ſed ex naturali impedimento, cum nec a promiſſore, nec ab alio per rerum naturam domus poſſit ſtatim ædificari; ſic pariter diſpoſitio, cui locus adjicitur ex re ipſa dilationem recipit; etenim quod debitor ad deſtinatum locum ſtatim pervenire non poſſit, ibique pecuniam explicare, ſeu rem venditam tradere, non difficultas, ſeu ejus incommodum efficit, ſed naturale impedimentum, cum verum ſit nec ipſum debitorem, nec quempiam alium poſſe per rerum naturam ſtatim ad eum locum pervenire, ut doctè explicat Donell. *in d. l. 137. §. 4.*

Verum adhuc non inſubtiliter debet aliquis 6
ex his principiis potius inferre diſpoſitionem, cui certus locus apponitur dilationem recipere non debere; nam quod non poſſit debitor ſtatim deſtinato loco pecuniam ſolvere, ſeu rem tradere, non dimanat ex naturali impedimento, cum imo ſi eſt certum per rerum naturam deſ-

Digitized by Google

tinato loco pecuniam ſolvi, aut rem tradi ſtatim poſſe ab his ſaltem, qui in eo loco commorantur, ſed potius reſultat ex debitoris incommodo, qui ideo loco deſtinato ſtatim pecuniam ſolvere, aut rem tradere non poteſt, quia ſibi non exiſtit; ergo diſpoſitio cum adjectione loci concepta, cum non naturale impedimentum, ſed ſolum incommodum debitoris contineat, non debet ex re ipſa dilationem recipere; Confirmatur difficultas ex eo quod non aliâ ratione ſtipulatio, quâ Romæ exiſtens ſtichum Carthagine exiſtentem dare promittit, nec naturale continet impedimentum, nec dilationem recipit, niſi quia quod non poſſit promiſſor ſtichum ſtatim tradere, non ex eo eſt, quod ſtichus per rerum naturam præſtari ſtatim non poſſit, cum ab his qui Carthagine inveniantur poſſit, ſed quia ſticho careat Romæ *d. l.* 137. §. 4. *de verb. obligat.* ergo ex eadem ratione diſpoſitio, cui certus locus adjicitur, non naturale claudit impedimentum, ſed debitoris incommodum, ſeu difficultatem præſtationis, ac proinde non debet dilationem recipere; cui difficultati non aliam ſolutionem exhuberede crevi, quàm eam quam noviter cogitavi in *Acad. tract. de die certo contractib. & ultim. voluntatibus adjecto, diſcept.* 1. *n.* 39. ubi quidquid ad diem tacitum diſpoſitionibus inhærentem ſpectat, latius explicui *n.* 32. & nunc repetere neceſſarium duxi; dicebam ergo diſpoſitionem cum adjectione conceptam naturale impedimentum continere, illud tamen non ex eo oriri, quod res debita non poſſit in loco ſolutioni deſtinato à debitore præſtari; hoc quoque non eſt impedimentum ex parte rei, quæ ſtatim poteſt loco deſtinato præſtari ab his, qui ibi commorantur, ſed tantùm perſonale in commodum debitoris, quod non poteſt dilationem inducere, ut in argum. rectè dicitur, ſed ex eo potiùs naſci, quod nec ipſe debitor, nec alius quilibet poteſt per rerum naturam ſtatim ad deſtinatum locum pervenire; quod ut perſpicuè intelligatur, obſervo diſpoſitionem, cui certus locus adjicitur, non ſolum dationem, ſed ſactum etiam continere. v. g. qui certo loco pecuniam dare promittit, duo promittit ſcilicet ad deſtinatum locum pervenire, & ibi pecuniam dare, & ſic dationem ſimul & factum promittit, ut probo ex text. *in l.* 98. §. 6. *de ſolut.* ubi ſi in ſtipulatione alius locus in perſonam ſtipulantis, alius vero in adjecti perſonam conferatur; promiſſorem ſolventem adjecto loco in ejus perſonam collato ideo liberari Paul. reſpondet, quia licet diverſa ſint facta, prævalet cauſa dandi; ſenſit ergo ſtipulationem cum adjectione loci contractam non ſolum dationem, ſed & factum continere, quoad cauſam autem liberationis in ſpecie, quam diſputabat, non factum attendi, ſed dandi cauſam prævalere. Ruſus in verb. *at ibi* ſtipulationem, quâ quis inſulam in ſuo ſolo, aut Titii loco fieri ſtipulatur per adverſativam illam dictionem *at* merum factum contineri ſcribit; ergo ex ejus mente neceſſariò ſtipulatio cum deſignatione loci contracta factum continet non quidem merum, ſed dationi admixtum, & ſic dationem ſimul & factum; quâ ſuppoſitione facta dico, quod diſpoſitio cum adjectione loci concepta licet, quatenus dationem continet, ſolum habeat difficultatem præſtationis, quæ ad inducendam dilationem non ſufficit, tamen quatenus factum comprehendit, naturale claudit impedimentum in eo conſiſtens, quod nec debitor, nec quiſquam alius ante elapſum aliquod ſpatium temporis poſſit per rerum naturam ad deſtinatum locum pervenire, quod dilationem inducit, neglectâ quippe datione factâ ſolum attenditur ex voluntate contrahentium tanquam medium ad explicandam pecuniam, vel rem debitam tradendam: Nec obſtat; ſi dicas, quod ſtipulatio, quâ Romæ exiſtens ſtichum Carthagine exiſtentem dare promittit in neceſſarium antecedens, ut ipſa factum continet, & tamen dilationem non recipit *l.* 737. *de verb. obligat.* nam facile reſpondeo plurimi intereſſe, quia ſtipulatio, de qua *in d.* §. 4. dationem ſolum, non etiam factum continet, debitor ſtichum quidem Carthagine exiſtentem dare promiſit, ſed non Carthagini, & ſic ſtichum ſolum dare, non ad locum, ubi eſſet ſtichus, pervenire promittit, quare ſtichum quocumque loco poteſt tradere, ita ut ab ſtipulationis vinculo liberetur; at ex oppoſito diſpoſitio, cui locus additur in neceſſarium antecedens factum continet, ut ex eo dignoſcitur, quod qui certo loco promittit, non ſimpliciter dare, ſed deſignato loco dare promittit, nec aliter poteſt ab obligationis nexu liberari, quam deſtinato loco pecuniam ſolvat, aut rem debitam tradat *l. penult. hoc tit. cum aliis in fin. explicand.*

Ex quibus infertur, quod ſi diſpoſitioni cum 7
deſignatione loci conceptæ exiguum temporis ſpatium apponatur, intra quod ad deſignatum locum debitorem pervenire ſit per rerum naturam impoſſibile, diſpoſitio inutilis eſt, veluti ſi quis Romæ ita ſtipulatur, hodie Carthagini dare ſpondes, inutilis eſt ſtipulatio *d. l.* 2. §. 6. *hoc tit. d.* §. *loca* 5. *de verb. obligat.* junctâ vulgari Regulâ Text. *in l.* 35. *eod. titul. l.* 31. *l.* 185. *de reg. jur.* ſicuti & ſtipulatio, quâ aliquid fieri promittitur, cui ſimilem eſſe ſtipulationem cum adjectione loci contractam jam diximus, nulla eſt redemptio, ſi tam breve tempus adjiciatur, intra quod fieri opus ſit impoſſibile *d. l.* 24. *de op. lib.* nec dici poteſt, tempus intra quod debitor poſſit ad deſtinatum locum pervenire, vel opus perficere conſtituendum arbitrio judicis, quod ceſſat, ubi diſpoſitioni tempus fuit oppoſitum ex Text. *in l. maritus* 21. *Cod. de procur.* quod ſi præſtationem impoſſibilem reddat, inutilem diſpoſitionem efficit, ut in ſuperiori exemplo, in quo deciſio illa *hodie*, quæ nunquam facit ſtipulationem in diem *l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. obligat.* impoſſibilem prorsùs reddit præſtationem, cum nec unius quidem diei ſpatium relinquat, intra quod promiſſor ad deſtinatum locum perveniat juxtà ſtipulationis verba, quæ taciti temporis ſupplendi interpretationem impediunt, ut ingenioſe docuit Anton. Fab. in rationali ad text. *in l.* 2. §. 6. *h. tit.* Caſus tamen quo ſuperior ſtipulatio conſiſtit, ſtat *in l. ult.* §. *ſi inter eos* 4. *de verb. obligat.* veluti ſi inter eos qui Romæ ſunt, talis fuit ſtipulatio: hodie Carthagini dare ſpondes; cum contrahentes ſuis diſpenſatoribus, quos Carthagini habebant ante aliquod tempus notum feciſſent in eum diem futuram ſtipulationem, at demandaſſet idem promiſſor ſuo diſpenſatori, ut daret, ſtipulator autem ſuo, ut acciperet, utilis eſt ſtipulatio, quia impoſſibilitatem

Digitized by Google

litatem præſtationis executio diſpenſatorum ſubmovet ; hoc autem jus , quod non obſervarunt interpretes non ſine controverſia fuiſſe receptum mihi probat Text. *in l. ult.* §. 4. ubi Gajus ex aliorum ſententia utilem eſſe ſtipulationem reſpondet his verbis , *quidam putarat non ſemper videri.* Quæ conſultorum rixam , ſeu controverſiam non obſcure demonſtrant , exiſtimabant ergo nonoulli adhuc ſupradictis terminis inutilem eſſe ſuperiorem ſtipulationem , & eâ forſan ſubtili , nec inefficaci ratione nitebantur , ſtipulatio , cui locus addicitur , dationem ſimul & factum continet , ita tamen ut factum dationi prævaleat , ut dixi *n. anteced.* atqui executio diſpenſatorum quamvis præſentem dationem poſſibilem reddat , factum tamen ad deſtinatum locum ſtatim perveniendi poſſibile reddere non poteſt , ut conſtat : ergo propter impoſſibilitatem facti , quod dationi prævalere ſupra diximus , inutilem eſſe prædictam ſtipulationem dicendum videtur ; prævaluit tamen , & meritò , contraria ſententia putantium hujuſmodi ſtipulationem ſubſiſtere , quia , uti ego cenſeo , continet quidem præſentem dationem , quam poſſibilem reddit diſpenſatorum executio , non autem factum ad deſtinatum locum perveniendi ; ex his enim quæ præceſſerant ex quibus contrahentium interpretatio deſumi conſuevit *l. Titia* 134. §. 1. *de verb. obligat.* ſatis convincitur promiſſorem , qui ſuo diſpenſatori juſſerat ut in diem futuræ ſtipulationis pecuniam ſolveret diſpenſatori ſtipulantis , cui ut acciperet ſtipulator , etiam mandaverat , non ad factum ad deſtinatum locum perveniendi , ſed ad dandam pecuniam ſe obſtrinxiſſe , ſeu quod idem eſt dationem promiſiſſe , quæ , cum per diſpenſatorum executionem de præſenti poſſit expediri , utilem ſtipulationem effici.

8 Sed etiam hunc extra ſpecialem caſum generaliter diſpoſitionem cum adjectione loci conceptam ſubſiſtere , etſi ita exiguum tempus apponatur , intra quod non poſſit debitor ad deſtinatum locum pervenire. Convincere videtur vulgar. Text. *in l. inſulam* 58. §. 1. *locati* , ubi proponitur contractus locationis alicujus operis , in quo à contrahentibus erat dictum ante quem diem opus perfici deberet , & placuerat , ut ſi intra præfinitum tempus opus non fieret , locator præſtaret conductori , quanti ejus interfuiſſet ; & reſpondet Labeo eatenus obligationem contrahi , quatenus vir bonus , id eſt judex de ſpatio temporis æſtimaſſet ; rationem præſtat , quia id actum eſſe apparet , ut eo ſpatio opus abſolveretur , ſine quo fieri non poſſet ; tunc ſic : en ubi operi faciendo tempus expreſſe fuit à contrahentibus deſignatum , & quia opus intra illud perfici non potuit , laxius tempus à judice præſcribitur , quod ad perfectionem eſt neceſſarium : ergo deſignatio temporis à contrahentibus adhibita laxioris præſtandi temporis facultatem non præcludit , ac proinde diſpoſitio cum adjectione loci concepta non ideo inutilis debet cenſeri , quod ita exiguum tempus , contrahentes adjecerunt , intra quod ad deſtinatum locum pervenire debitorem ſit impoſſibile , cum locus adhuc ſit judicis arbitrio qui laxius tempus ſcilicet quod ad iter faciendum neceſſarium putaverit , poterit præſtituere *l.* 58. §. 1. *locati.* Donel. *in d. l. ult.* §. 4. *de verb. obligat. n.* 3. *lib.* 11. *comm. cap.* 21. à cujus ſolutione , cui ſubſcripſi *in d. tract. de die certo contractibus , & ult. voluntatibus adjecto cap.* 21. nunc recedo , & Bartholom. Cheſ. *lib.* 1. *interp. juris cap.* 22. *per tot.* veriorem Fulgoſi , & Pichardi quos ſequitur Retes 2. *p. de verb. obligat. tract.* 4. *n.* 30. ſolutionem puto , & ex eorum ſententia diſcrimen conſtituo inter caſum , quo ſtatim apparet tempus diſpoſitioni adjectum impoſſibile reddere id quod in diſpoſitione continetur ; ita ut eum diſpoſitio ſit inutilis. *d. l.* 2. §. 6. *hoc tit.* & inter caſum , quo id tempus diſpoſitioni fuit poſitum , quod contrahentes ad iter , vel opus faciendum ſufficere judicarunt , poſtea autem ſufficiens non eſſe apparuit ; tunc enim utilis eſt adhuc diſpoſitio , quippe cum verum ſit contrahentes animum contrahendi habuiſſe , & veriſimile eſt , quod ſi deſignatum tempus ad iter , vel opus faciendum non fuiſſet ſufficiens , largius tempus eſſet deſtinatum ex contrahentium voluntate , vel tunc ad arbitrium judicis recurritur ; & in his terminis Labeonis ſententiam procedere *in d. l.* 58. §. 1. ex ipſo text. convincitur , in quoıllam appoſuit ſuæ deciſionis rationem, quia id actum eſſe apparet , ut eo ſpatio opus abſolveretur, ſine quo fieri non poſſit , quæ cum vera eſſe non poſſit , tempus contrahentes adjeciſſent , intra ſe id quod opus fieri non poſſe ſciviſſent ; neceſſario ſupponit id tempus à contrahentibus adjectum fuiſſe , intra quod opus fieri poſſe crediderant , quo ſane caſu recte dicitur id inter eos fuiſſe actum , ut eo tempore opus perficeretur , ſine quo fieri non poſſet , ut conſtat ex nuper dictis.

Succedit explicandus difficilis textus *in l.* 12. 9
§. 1. *de legat.* 1. ubi cum Teſtator ſervos , quos Gadibus habebat , eo teſtamento quod Romæ moriens fecit triduo , quo mortuos eſt , hæredem alicui dare damnaſſet , ratum eſſe legatum , & anguſtias temporis nil legato nocere Pompon. reſpondet ; ergo diſpoſitionem cum adjectione loci conceptam temporis anguſtiæ inutilem non reddunt ; ſed jam communitee Interpretes ut difficultati occurrant , diſcrimen ſtatuunt inter contractus , qui propter temporis anguſtias ſunt inutiles , & ultimas voluntates , quibus temporis anguſtiæ noo nocent , & hujus diſcriminis rationem inde deſumunt , quod impoſſibiles conditiones , contractus quibus adjiciuntur , reddunt inutiles , *l. certi condictio* 9. §. 6. *de reb. cred. l.* 1. §. 11. *l. non ſolum* 31. *de oblig. & act. l. impoſſibilis* 7. *de verb. obligat. l. ſi ſub impoſſibili* 29. *de fidejuſſor.* §. *ſi impoſſibilis* 11. *inſt. de inutil.* in ult. autem voluntatibus pro non ſcriptis habeotur *l.* 1. *de cond. inſt. l.* 3. *de cond. & demonſt. cum ſimilibus* ; quæ communis ſolutio difficultatem non diluit , imo nec noſtris terminis poteſt adaptari , in quibus non ex parte conditionis , quam nec appoſitam quidem conſtat , ſed ex parte rei in diſpoſitionem deductæ , impoſſibilitatem ponimus. Vera quidem eſt ſuperior inter contractus & ultimas voluntates diſferentia , quoties impoſſibilitas extat ex parte conditionis ; at ubi non ex parte conditionis , ſed rei in diſpoſitione contentæ impoſſibilitas vertitur inter contractus , & ult. voluntates ; oil intereſt , imo ſicuti contractus , qui impoſſibilem præſtationem continent , ſunt ipſo jure nulli *l.* 1. §. *ſi id* 9. *de obligat. & act. l. ſi homo* 69. *de verb. obligat.* ſic & ſupremæ morientis diſpoſitiones , in quas aliquid impoſſibile

deducitur, ipſo jure nullæ ſunt *l. cum ſervus* 39. *§. conſtat.* 7. *cum ſeq. de legat.* 1. ut Pett. Fab. *in l.* 31. *de Reg. jur.* & probant præterea Text. ſic intellig. *l. ſi ſervus* 108. *§. qui quinque* 10. *de legat.* 1. *l. quidam* 7. *§.* 1. *de tritic. vin. & oleo. legat. §. ult. in fin. de legat.* ex eo etiam ſuadetur, quod licet turpis eondicio ult. volunt. adſcripta remittatur *l.* 8. *in princip. l. conditiones* 14. *de cond. inſt.* legatum tamen rei turpis inutile eſt. *l. turpia* 54. *l. ſi quis* 112. *§. ſi quis ita ſcripſerit de legat.* Valentia *lib.* 3. *illuſtr.* 5. *c.* 2. *n.* 8. ſed temporis anguſtiæ id ipſum quod in diſpoſitione cum adjectione loci concepta continetur, reddunt impoſſibile, ut conſtat *ex d. §.* 5. *de verb. obligat.* ergo quoad hanc juris partem inter contractus & ult. voluntates differentia non ex co recte deſumitur, quod impoſſibiles eonditiones contractus vitient, & in ult. voluntatib. pro non ſcriptis habeantur,

10 Quibus forſan motus ſubtilis Petr. Barb. *in d. l.* 12. *§.* 1. *de legat.* 1. *n.* 1. *cum ſeq.* ut inter contractus & ult. volunt. quoad hanc partem differentiam ſupponit, quod diſpoſitio cum adjectione loci concepta, cui id tempus adjicitur, intra quod ad deſignatum locum debitor pervenire non poſſit, non in totum eſt impoſſibilis, ſed partem habet poſſibilem, & partem impoſſibilem, duo ſcilicet continet argum. text. *in l.* 23. *§.* 1. *de recep. arb.* unum, ut pecunia ſolvatur, ſeu res ttadatur, quod eſt impoſſibile, ſeu ut elarius Barboſæ ſententiam explicem, continet dationem, quæ eſt impoſſibilis, & factum quod eſt impoſſibile; quo ſuppoſito docet, quod datâ omnimodâ impoſſibilitate ultimæ diſpoſitiones ad inſtar contractuum ſint inutiles, ut evincunt Text. ſuper. n. adducti; in præſenti tamen ultimæ diſpoſitiones à contractibus longe diſtant; contiactus etenim ſic celebrati non ſubſiſtunt; & ultimæ autem diſpoſitiones ſic conceptæ exitum ſortiuntur, quia rejecta parte impoſſibili, quæ in facto conſiſtit, ſupereſt altera pars poſſibilis, quæ damnationem concernit ex ſequenti utiliter exemplo; quamvis impoſſibiles conditiones in ult. voluotatibus pro non adjectis habeantur; ſi tamen ea conditio ſit adſcripta quæ poſſibili pro parte, & pro parte impoſſibili, rejectâ parte impoſſibili, utilis eſt & efficax manet conditio in altera parte poſſibili, ut probant Text. *in d. l.* 8. *§.* 6. *de condition. inſt. l. hac ſcriptura* 26. *in princip. l. cum tale* 72. *§.* 4. *de condit. & demonſt.* junctis quæ tradit Coſta *in d. §. ſi arbitratu, ampliatione ult. n.* 17. *cum ſeq.* & *in cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. 3. *part. verb. perſonis n.* 20. Text. ſic intelligendus *in l. ſi quis ita* 68. *de condit inſt.* verum nec hujuſmodi ſententia ſecundum rectam Juris partem procedit; nam Diſpoſitio cum adjectione loci eoncepta continet quidem dationem ſimul & factum, ſed ita ut factum dationi prævaleat, ut dixi *n.* 6. ergo hoc ipſo quod factum, quod eſt principalius, ſit impoſſibile ob temporis anguſtias, quamvis datio, quæ eſt minus principalis ſit impoſſibilis; ultima diſpoſitio ſic concepta utilem exitum ſortiri non poteſt; Nec ad rem facit exemplum conditionis quæ partem habet poſſibilem, partem impoſſibilem, quam ideo in parte poſſibili utilem remanere in præfact. Juribus ſcribunt Conſulti, quia nulla ex partibus conditionis alterâ principalior dici poteſt, imo utraque æque principalis eſt; & ſic rejectâ parte impoſſibili, ſupereſt alrera pars poſſibilis, in qua conditionis ſubſtantia retinetur. Hæc ſecundum ſtrictum jus recte dic untur, inſpecto autem ult. voluntatum favore, qui ingens in jure eſſe ſolet, Juxta vulgar. Text. *in l. negare* 5. *quemadm. teſtam. ap.* poſſet non male Barboſæ ſenteutia defendi, quia etſi tegulariter in diſpoſitione, cui locus addicitur, factum dationi prævalet, in ultima tamen diſpoſitione, cui id tempus fuit appoſitum, intra quod ad ſignatum locum hæres pervenire non poſſit, rejectâ parte impoſſibili, quæ in facto conſiſtit tanquam mendo; argument. Text. *in d. l.* 1. *de condit. inſt.* prævalet altera pars poſſibilis, quæ dationem continet, ut ſic utilem eventum poſſit ſuprema teſtatoris voluntas ſortiri.

Adhue tamen ſic acceptâ Barboſæ ſententiâ probo quidem inter contractus & ultimas voluntates, differentiam quoties diſpoſitioni eum adjectione loci cooceptæ id tempos apponitur intra quod ad locum ſolutioni deſtinatum debitor pervenite non poſſit, ſed non deſervit explicationi Textus *in d. l.* 12. *§. de legat.* 1. cujus genuinam mentem nondum interpretes calluiſſe puto; in ejus namque ſerie legatum non fuit cum adjectione loci relictum, ut vulgo creditur, ſed ſolum in diem eertum, nec impoſſibilitatem, ſed difficultatem continet, quod ex ipſius textus littera convinco, in qua ponit Pompon. teſtatorem eo teſtamento quod Romæ condidit hæredem damnare, ut ſervos, quos Gadibus habebat intra triduum, quo mortuus eſſet, alicui præſtaret; teſtator itaque in ſpecie Pomponii hæredem damnavit non ut ſervos Gadibus præſtaret, ſed ut ſervos, quos Gadibus habebat, præſtaret, inter quæ duo plurimum intereſt, ſi teſtator hæredem damnaſſet, ut ſervos Gadibus intra triduum ſuæ mortis præſtaret, ultim. voluntatum favore opos eſſet, ut ſimile legatum ſubſiſteret juxta Barboſæ ſententiam ſic à nobis intellectam, ſed quoties teſtator hæredem damnavit, ut ſervos, quos Gadibus habebat, intra triduum præſtaret, prout opponitur *in d. l.* 12. *§.* 1. etiam ultim. voluntatum favore inſuper habito ſecundum ſcriptam Juris rationem ſubſiſtit legatum, quemadmodum & in iiſdem terminis utilis & efficax eſt contractus, ut conſtat *ex d. l.* 137. *§.* 4. *de verb. obligat.* ubi ſtipulatio, quâ Romæ exiſtens ſtichum Carthagine exiſtentem dare promittit, ita ſubſiſtit ut nec dilationem recipiat, & liberum ſit ſtipulanti adverſus promiſſorem agere, quia non præſentem impoſſibilitatem, ſed difficultatem ſolum continet, ut dixi *n.* 5. *cum ſeq.* & cum hujuſmodi ſtipulatio jure contracta & nullam dilationem continens utilis ſit, fortiori ratione ſubſiſteret, ſi in diem fuiſſet celebrata, & aliquam dilatiooem quamvis exiguam contineret. ſic ergo pariter ſi *in d. l.* 12. *§.* 1. legatum in diem, ſed ſimpliciter fuiſſet relictum, veluti ſi teſtator ſervos Gadibus exiſtentes hæredem dare damnaſſet, nemo dubitaret legatum purum eſſe, & legatarium ſtatim adverſus hæredem exiſtentem teſtamento agere poſſet, quia non præſentem impoſſibilitatem ex parte rei legatæ, ſed tantum difficultatem præſtationis, ſeu hæredis incommodum contineret, quod non ſufficeret ad inducendam illationem; urgentiori itaque ratione debet lega- 11

tum ſubſiſtere in diem, & ſic cum aliqua dilatione fuit datum, ut *in d. l.* 12. §. 1. ubi quod reſpondet Conſultus, anguſtias temporis legato non nocere; ſic explicandum eſt quod hæres intra tempus à teſtatore præfixum Gades pervenire non poſſit, legati inutilitatem non inducit legatum; etenim quod & jam ſine aliqua dilatione ſubſiſteret, non debet propter temporis anguſtias infirmari.

12 Hactenùs certi loci quibuſlibet diſpoſitionibus inſerti poteſtatem non vulgariter explicuimus, nonnullave principia ſummè traditioni noſtræ oppotruna, ut ex dicendis apparebit, præmiſimus; Jam inductivam rationem arbitrariæ actionis de eo quod certo loco, ut aſſignemus oportet, quam præſtat Gaius *l.* 1. *hoc tit.* ubi docet, quod cum ex ſtipulatione, cui certus locus opponitur, alio loco agendi facultas ſtipulanti competere non poſſe videretur, & eſſet iniquum ſtipularorem ad ſuum pervenire non poſſe, ſi promiſſor vel datâ operâ, vel aliis locis neceſſariò diſtrictus ad ſignatum locum nunquam accederet, ideo viſum eſt utilem actionem in eam rem comparare; ſed contra hanc rationem, quâ omnes interpretes ſine ulla controverſia utuntur, plures occurrunt difficultates, quibus ſuccedi videtur ex ſtipularione cum adjectione loci contracta alio loco agendi facultatem ſtipulanti competere, quin in eam rem arbitraria actione ſit opus; nam ſi ex ſtipulatione, cui locos adjicitur alio loco ſtipulanti agere non liceret, neceſſario dicendum eſt ante inventam à Prætore arbitrariam actionem ex eo quod certo loco inutilem fuiſſe ſtipulationem cum adjectione loci contractam; atqui certum eſt ante adductam à Prætore arbitrariam actionem, de eo quod certo loco ſtipulationem cum deſignatione loci conceptam voluiſſe: ergo ex ea ſtipulatione alio loco agendi facultas compent ſtipulanti, quin opus fuerit in eam rem arbitrariam actionem inducere; major probatur; ſi ex ſtipulatione, cui locus addicitur alio loco ſtipulanti agere non liceret, tota ſtipulationis ſubſtañtia ex arbitrio promiſſoris penderet, cui liberum eſſet ad deſtinatum locum nunquam accedere, & id conſequi, ut conveniri nunquam poſſet, ſed ſtipulatio in arbitrium & poteſtatem promiſſoris collata inutilis eſt *l.* 8. *de obligat. & act. l. ſtipulatio* 17. *l. centeſimis* 46. §. *ult. l.* 168. §. 1. *de verb. obligat.* ergo ſi ex ſtipulatione cum adjectione loci contracta alio loco agere non liceret, ſequeretur ante arbitrariam actionem à prætore introductam, inutilem fuiſſe hujuſmodi ſtipulationem; ergo cum conſtet etiam ante neceſſarium prætoris edictum valuiſſe, infertur neceſſariò alio loco ſtipulanti agere licuiſſe; creſcit difficultas ex difficili textu, nec ad rem obſervato *in l.* 2. §. *Scævola* 3. *hoc tit.* ubi ſi ſtipulatio fuerit ſub locorum alternatione contracta veluti hac formulâ, *Romæ, aut Capuæ*, 100. *dare promitto* ex ſententia Scævolæ Ulpianus reſpondet ſtipulanti loci electionem competere, & unò ex locis in ſtipulatione comprehenſis agere licere etiam ſine alterius loci adjectione, & in eo rationem conſtituit, quod licet regulariter in alternativis obligationibus electio debitoris ſit *l.* 19. §. *ult. de Judic. l. ubi autem* 15. §. *qui illud* 8. *de verb. obligat.* id ſolum procedit, quoties non ex eo arbitrio debitoris, an debeat, ſed quid debeat, ex propoſito autem ſi loci electio ſit promiſſoria; ſemper enim uno ex locis conventus alterum eligeret; ne ergo ſtipulanti actio auferatur, ſi optio promiſſori reſervetur, loci eligendi facultas ſtipulatori competit, tunc ſic; en ubi ſtipulatio ſub locorum alternatione concepta, ideo utilis eſt, quia electio ſtipulatori tribuitur, alioquin inutilis eſſet, ut in textu innuitur tanquam in arbitrium promiſſoris collata; ergo ſimiliter ſtipulatio cum ſimplicis loci deſignatione contracta inutilis fuiſſet ante inventam arbitrariam actionem de eo quod certo loco, utpote cujus ſubſtantia tota ex arbitrio ſtipulatoris penderet, ſi alio loco ſtipulanti agere non licuiſſet; ac proinde ne in hoc abſurdum incidamus omnino, fateri cogimur etiam priſco jure ex ea ſtipulatione alio loco agere licuiſſe, nec in eam rem arbitrariam actionem introduci opus fuiſſet.

Rurſùs contra Gaium ſic argumentor; qui 13 certo loco pecuniam dare promittit, dare ſimul & facere promittit, ſcilicet ad deſtinatum locum pervenire, & ibi pecuniam explicare *d. l.* 98. §. 6. *de ſolut.* ut Servius dixit; ergo hoc ipſo quod intra tempus à Judice præfinitum ad deſtinatum locum non perveniret, communi Jure actione ex ipſa ſtipulatione deſcendenti, etiam alio loco debet ad intereſſe condemnari, quin in id arbitraria actio de eo quod certo loco ſit neceſſaria; probatur conſequentia, imo abſque obligationibus, quæ in faciendo conſiſtunt, ſi non fiat id, quod in obligationem deductum eſt, communi jure ſuccedit condemnatio in id quod intereſt *l. ſi quis* 81. *de verb. obligat. inſt. eod. tit.* ſed promiſſor, qui intra tempus arbitrio Judicis præfinitum ad deſtinatum locum non pervenit, id quod facere promiſit, non fecit; ergo communi Jure arbitrariâ actione ſemotâ ipſa actione ex ſtipulatione deſcendenti, debet in id quod ſtipulántis intereſt condemnari. Ulterius certus locus contractibus adjectus id efficit, ut eo loco aliquis contraxiſſe cenſeatur, in quo ut ſolveret, ſe obligavit *l.* 20. *de Jud. l.* 3. *de reb. aut Jud. l.* 27. *de obligat. & action.* ſed qui purè contrahit, non ſolum in loco contractus, ſed & in loco domicilii poteſt conveniri, ut conſtat; ergo qui certo loco dare promiſit, non ſolum in deſtinato loco, in quo contraxiſſe intelligitur, ſed in loco domicilii directâ actione ex ipſa ſtipulatione provenienti poteſt conveniri; deinde qui certo loco ſolvere promiſit, omni loco obligatus eſt; locus etenim non obligationi, ſed ſolutioni ſolum apponitur ad inſtar certi diei, cujus & loci eamdem eſſe rationem conſtat *ex l. rem cedere* §. 6. *ult. ad S. C. Trebel.* ergo omni loco directa actione poterit conveniri, ad ejus ſimilitudinem, qui in diem certum promiſit, qui poſt diem obligationis venientem alio loco quocumque directe convenitur, ut nullus ignorat, fortius redditur argumentum inter diem & locum paritate poſitâ ex eo quod in diem certum qui dare promiſit, ſi ſtatuto die non dederit, alio quocumque die directâ actione etiam ad intereſſe tenetur *l. ſi fundum* 14. *de verb. obligat.* ergo qui certo loco dare promiſit, ſi deſignato loco intra terminum à judice præfixum non ſolvat, etiam ad intereſſe non utili arbitrariâ, ſed directâ actione debet condemnari; & tandem eo ſaltem caſu, quo datâ ope-

râ ad locum ſolutioni deſignatum promiſſor ooo pervenit, arbitrariam actionem oeceſſariam non eſſe, & directam ex ſtipulatione deſcendenrem ſufficere oſtenditur ex eo, quod promiſſor, qui id agit, ut ad locum ſolutioni deſtinatum non perveuiret; perinde debet ubique conveniri, ac ſi ad eum locum perveniſſet, cum per ipſum ſteterit, quominùs illuc pervenerit, exemplo ejus, qui curavit ne conditio ſub qua promiſerat exiſteret, qui noo minus efficaciter obligatur & convenitur, ac ſi revera conditio extitiſſet, *l. in executione* 85. §. *ult. de verb. obligat.*

14 Nec expenſæ ſolum rationes, ſed & Conſultorum teſtimonium in eandem ſententiam conſpirant; nam *in l.* 19. § *ult. de Judic.* ex plurium Conſultorum mente Ulpian. reſpondet, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia ſolveret, ſi in provincia domicilium habuit, utrobique poſſe conveniri, ideſt, non ſolum in loco ſolutioni deſonato, ſed & in loco domicilii; ergo ſenſit ex contractu, cui locus adjicitur, etiam alio loco directâ actione creditori agere licere hoc ipſum in difficiliori, & à oullo, quem ſciam ad hanc partem animadverſo textu *in d. l.* 137. §. *cum ita* 2. *verb. eoque tranſacto, de verb. obligat.* Venuleius decidit; poſtquam enim dixerat initio ſtipulationem cum adjectione loci cootractam ex re ipſa dilationem capere, & quomodo tempus Judicis arbitrio eſſet definiendum, tradiderat; mox aſſerit in præfato verbo, quod qui Romæ exiſtens certo loco dare promiſit tranſacto tempore à Judice definito, licet Romæ remanſerit, poteſt ab ſtipulatore conveniri, & rationem ſubjungit, quia per ipſum ſtetit, quominùs deſtinato loco daret, vel quoniam adhuc per alium dare poſſet; ergo ex Venul. ſententia promiſſor ſive datâ operâ non pervenerit, ſive impeditus ad deſignatum locum non pervenerit, quia per ipſum quominus pervenerit, ſtetit; ſi vero juſte impeditus, quia adhuc per alium poteſt deſignato loco dare; Nec dicat aliquis *in l.* 137. §. 2. promiſſorem, qui ad deſignatum locum non pervenit, Romæ quidem poſſe conveniri, non tamen directâ, ſed utili arbitrariâ actione de eo, quod certo loco; hanc enim ſolutionem Textus ipſe videtur referre, tamen quia ait, quod promiſſori Romæ recte condicitur, ſeu quod ſtipulanti condictio competit, quoniam propria actio ex ſtipulatione proveniens denotatur tum etiam qoia ait, *nihilominus ei rectè condicetur*, quæ verba id important videlicet, quod tranſacto tempore à judice præfinito, quamvis promiſſor Romæ remanſerit, poteſt Romæ non minus conveniri, quam deſtinato loco pro loco conveniretur, ideſt ſi illuc acceſſiſſet: atqui ſi ad deſignatum locum perveniſſet, directâ actiooe ibi cooveniri potuiſſet. Ergo licet Romæ remanſerit, directâ actione convenietur, ac proinde cum ex ſtipulatione cum adjectione loci contracta alio loco agendi facultas competat ſtipulanti, parum aptam rationem inducendæ arbitrariæ actionis de eo quod certo loco præſtitiſſe Gaius videtur *in d. l.* 2. *hoc tit.*

Quibus difficultatibos ut ſatisfaciamus, & in-
15 ductivam rationem arbitrariæ actionis de eo quod certo loco à Gaio præſtitam defendamus, dicendum eſt, id quod certo loco dari promiſſum eſt, alio loco directâ actione ex ipſa ſtipulatione provenienti peti non poſſe ob coutrahentiom conventionem, quia hoc ipſo, quod certus locus ſolutioni deſtinatus ſit, cæteros omnes locos non obſcure excluſiſſe cenſentur, argum. text. *in l. cum prætor* 12. *de judic l. ſi cum dotem* 22. *ſolut. matrim*, & ea ratione ſtipulationem alio loco agentem tanquam plus loco petentem litem amittere §. *ſi quis agens* 33. *d. loco inſt. de act.* nec tamen inde inferri ante inventam à prætore arbitrariam actionem de eo quod certo loco, ſtipulationem cum adjectione loci conceptam inutilem fuiſſe; nam etſi verum ſit promiſſori licuiſſe ad deſignatum locum nunqoam accedere, non ideo tota obligationis ſubſtantia ex arbitrio promiſſoris pendebat, quia ex ſtipulatione cum adjectione loci concepta exemplo in diem conceptæ ſtipulationis obligatio, & actio naſcuntur, & executio ſolum directæ actionis ratione ſuſpenditur, uſque dum in loco ſolutioni deſtinato promiſſor iovenjatur, ut eleganter Gaius ſignificat *in d. l.* 2. *hoc tit.* ubi non aſſerit, quod ante inductam arbitrariam actionem alio loco directa actio ſtipulanti non competit, ſed quod alio loco agendi facultas competere non poſſe videbatur; inter actionem autem & agendi facultatem quamplurimum intereſſe ſolide fundat Oſſuald. ad Donel. *lib.* 19. *comment. c.* 1. *lit. D.* nec etiam directæ actionis executio poteſt eſſe omnino in promiſſoris poteſtate, cum fieri poſſit, ut promiſſor nonnullis cauſis ductus vel coactus ad locum ſolutioni deſtinatum perveniat, & ibi ab ſtipulatore conveniatur, quod ſufficit ut directæ actionis executio ex arbitrio promiſſoris non omnino pendere dicatur, ut ex eo non ineleganter probatur, ergo licet legatum nec poſſit in liberam hæredis voluntatem Conferri *l. Senatus* 43. §. *legatum* 2. *de legat.* 1. *l. utrum* 7. §. 1. *de reb. dub.* nec contractus ex arbitrio debitoris pendere, *l. hac venditio* 7. *de contrah. empt. cum ſimilib.* ſub illa tamen conditione, *ſi hæres in Capitolium aſcenderit*, utiliter legatum relinquitur *l.* 3. *de legat.* 1. & ſimiliter ita concepta ſtipulatio, *ſi in Capitolium non aſcenderit, centum dabis*, utilis eſt *l. veluti* 27. §. 1. *l. quidquid* 49. §. 1. *l. vel ita ſtipulatus* 115. §. 1. *de verb. obligat.* quia licet hæredi, vel promiſſori liberum ſit in Capitolium aſcendere, vel non aſcendere, cum tamen poſſit conveuire, ut ab his rationibus motus hæres, vel promiſſor in Capitolium aſcendat, aut non aſcendat, legati, aut ſtipulatoris ſubſtantia non omnino hæredis vel promiſſoris pendet arbitrio, ut docuit ſubtilis Gofred. *in d. l.* 43. §. 2. *de legat.* 1. qui quatenus ſupponit utilem eſſe contractum ſub ea conditione receptum, quæ renuente debitore impleri non poſſit, nec tunc contrarius eſt textus *in d. l.* 4. §. 3. *hoc tit.*, quem infra latè explicandum relinquo.

Sed nec magis urgent reliquæ adverſus Gaium 16
adductæ difficultates, quarum ſecunda probatur quidem promiſſorem, qui intra terminum à judice præfixum ad deſtinatum locum non pervenit, quia id, quod facere promiſit, non fecit, ad intereſſe debere condemnari, non tamen probatur alio loco ſtipulanti actione directa experiri licere, quo etiam modo facile ſolvitur quinta difficultas deſumpta *ex d. l.* 114. *de verb. obligat.* tertiæ difficultatis ſolutio pendet ex dictis num. anteced. fateor id certi lo-

ei adjectionem operari, ut eo loco quilibet contraxiſſe cenſeatur, ut ſolvere ſe obligaret; ſed inde ſequitur, eum, qui certo loco ſolvere promiſit, etiam in loco domicilii directa actione conveniendum, ad inſtar ejus, qui ſine adjectione loci contraxit, etenim qui pure contraxit, domicilii locum non excluſit; qui verò certum locum expreſſit, cætera omnia loca excluſiſſe intelligitur. Quartæ difficultati reſpondeo cum Ant. Fabro *in ration. ad d. l.* 1. *hoc tit.* longe diverſam eſſe cenſuram ſtipulationis cum adjectione loci conceptæ & ſtipulationis in diem contractus; ex illa alio loco directa actione agi non poteſt ex jam dictis; ex hac autem poſt diem obligationis venientem alio quocumque die directa actio quocumque loco poteſt exerceri, & quia quod in certum diem dari debuit, ſi datum non ſit, multo magis ſequentibus diebus dari oportet *l.* 21. §. *cum per venditorem* 3. *in fine de act. empt.* Ultimæ tandem difficultati reſpondeo, quod cum in ſtipulatione cum adjectione loci contracta, ea ſit contrahentium voluntas, ne directa actio alio loco exerceri poſſit, & ut ejus executio aliquatenus pendeat ex arbitrio promiſſoris, quamvis datâ operâ quid promiſſor egerit, ut ad locum in ſtipulatione expreſſum non perveniret, non ideo debet utique conveniri, perinde ac ſi ad eum locum perveniſſet, quin repugnet paritas deducta *ex d. l.* 85. §. *ult. de verb. obligat.* cujus regula, ut conſtat ex ipſo text. militat in conditione caſuali, non poteſtativa in arbitrium promiſſoris collata, quæ propter contrahentium conventionem ex qua legem contractus accipiunt *l. contractus* 23. *de Reg. jur.* non ideo pro impleta habetur, quod per promiſſorem ſteterit, quominùs impleretur, ut præter textus *in d. l.* 3. *de legat.* 2. *d. l.* 27. §. 1. *de verb. obligat. cum ſimilib.* probant parùm vulgar. text. *in l. cum ab eo* 41. *de contrah. empt.* Junct. ibi Cujac. *lib.* 3. *Juliani ad Urſeium ferocem in l. ſi ita* 3. *de ſtat. lib.*

17 Nec tunc ſupra expenſi textus refragantur; nam quod dicitur *in l.* 19. §. *ult. de judic.* eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia ſolveret, ſi in provincia domicilium habuit, poſſe utrobique conveniri, omiſſis variis ſolutionibus Anton. Fabri *de erroribus pragmat. decad.* 91. *error.* 1. & Bachovii *de act. part.* 2. *diſput.* 7. *de actis arbitrar. theſ.* 3. quas facile, ſed inutile foret impugnare, Sic intelligendum cum Judicio dicit primarius quondam Anteceſſor, & ſemper venerandus præceptor Zamora in ſolemni ad African. prælectione *in l. certum cap.* 8. *hoc tit. cap.* 1. *n.* 13. ut poſſit debitor utroque loco convenire, non tamen eadem actione, ſed in loco ſolutioni deſtinato directâ actione, in domicilii autem loco non directâ, ſed utili arbitrariâ actione de eo quod certo loco; quæſtio quippe in eo erat, quibus in locis eſſet conveniendus, qui in provincia, in qua domicilium habebat, contraxit, & in Italia ſolutionem deſtinavit ? cui, & in provincia & in Italia debitorem conveniendum Ulpian. reſpondet, ſed quibus actionibus eſſet conveniendus, non aſſeruit; quod ergo Conſultus omiſit ex præjactis principiis ſupplendum eſt, juxta quæ debitor, qui certum locum ſolutioni deſtinavit ibi directa & in loco domicilii utili arbitraria actione convenitur. ſed dices ſic acceptam vulgar. ſententiam non dubitatione carere, cum tamen Conſultus tanquam rem ſumme controverſam tractans Juliani, & plurium Conſultorum autoritate utatur. Prævidit objectionem vir Doctiſſimus nuper laudatus & ingenioſe de more reſpondet imo adhuc ſic intellectam Ulpiani doctrinam ſubtilem dubitandi rationem habuiſſe. Edictum enim, quod arbitrariam actionem de eo quod certo loco introduxit, non urbani, ſed provincialis prætoris eſt, ut ſuadet text. *in d. l.* 1. *hoc tit.* quæ Gaium habet autorem *lib.* 9. *ad edict. provinc.* & ſic in Provinciis ſolum, non etiam in Italia locum habere, ſeu quod idem eſt, ad contractus ſolum celebratos in provinciis ſpectare videbatur, quia ſicut jus Italicum non aliter communicatur provincialibus, quam per alicujus novæ conſtitutionis diſpoſitionem. Unde cum *in d. l.* 19. §. *ult.* contractus cenſeatur utpote in loco ſolutioni deſtinato ex reg. text. *in d. l.* 21. *de obligat. & action. cum ſimilib.* arbitrariam actionem ceſſare, & debitorem ſolum in Italia directâ actione conveniri poſſe videbatur; hac tamen dubitandi ratione inſuper habita prudentum autoritate & æquitate nixus Ulpianus provinciale edictum arbitrariæ actionis de eo quod certo loco ad Italicas, etiam conventiones extendere non dubitavit, quia licet privilegia inter Italiam & Provincias non communicentur, & ita etiam quæ æquitatem & utilitatem continent; licet Provincialia Italiæ etiam communicentur, arbitrariæ autem actionis edictum cum ſummam æquitatem contineat, ad Italicas non minus quàm ad Provinciales conventiones ſpectat, ut præter tex. *in d. l.* 19. §. *ult.* probat textus inferiùs exponendus *in l. quæro* 100. *de ſolut. n.* 28.

Supereſt nunc explicandus difficilis text. *in d. l.* 137. §. *cum ita* 2. *verbo eoque tranſacto. de verb. obligat.* pro cujus intelligentia, & difficultatis ex eodem propoſitæ ſolutione dicendum eſt, 18
quod Venuleius ſcribit eum, qui Romæ exiſtens certo loco dare promiſit, tranſacto tempore à judice præfinito, licet Romæ remanſerit, poſſe ab ſtipulatore conveniri, ſic eſſe accipiendum, ut poſſit quidem Romæ conveniri, non directa, ſed utili arbitraria actione de eo, quod certo loco. Nec huic interpretationi textus littera reſiſtit; conditionis namque nomine etiam arbitraria actio de eo, quod certo loco ſignificatur, quæ, ut infra dicemus, & interim juxta Anton. Fabrum fundat Barboſa *d.* 2. *q. diſput.* 7. *de action. arbit. theſ.* 2. *per tot.* eadem eſt ſpecie, & origine, quæ naſcitur ex ipſa ſtipulatione, ſed quæ dum alio loco exercetur; novam inducit arbitrii qualitatem; nec magis obſtant illa textus verba, *nihilominus ei rectè condicetur* quæ ſignificant quidem promiſſorem poſt elapſum tempus à judice præfixum licet Romæ remanſerit, non minus Romæ poſſe conveniri, quam deſtinato loco conveniretur, ſi ad eum perveniſſet, non tamen arguunt præciſe promiſſorem directa actione Romæ conveniendum, quia ut verum ſit promiſſorem non minus Romæ, quàm deſtinato loco conveniri, ſufficit, quod Romæ directam actionem, & eamdem utilitatem afferat ſtipulantis. denique nec rationes quibus ſuam deciſionem firmat Conſultus directam actionem Romæ exercendam convincunt, quibus meo judicio arbitrariæ actionis æquitatem potius commendat, quaſi diceret,

ſumma cum ratione inductum eſſe, ut debitor, qui intra præfixum terminum ad deſignarum locum nou acceſſit, alio loco, utili actione conveniatur, quia vel per ipſum ſtetit, quominus ad eum locum accederet, vel quia poteſt per aliom deſtinato loco dare, vel quia à creditore conventus ubique poteſt ſolvere; manet ergo veriſſimum Gaium arbitrariam actionem inducendam ſtatuiſſe *in d. l. 1. hoc tit.*

19 Adversùs quam ingens ſeſe offert ſcrupulus ex eo, quod licet debitor intra terminum Judicis arbitrio præfinitum, ad deſignatum locum non pervenerit, potuit tamen eo loco conveniri, & ibi defendere ſe, & ſi ſe non defendat, bonorum diſtractionem & poſſeſſionem pati compellitur; ergo cum per directam actionem conveniri debitor poſſit, fruſtra arbitrariam Prætor introduxit, per quam alio loco agendi facultas competeret. probatur antecedens, qui pure & ſine loci adjectione contraxit, quominùs in loco contractus non inveniretur, ibi ſe defendere cogitur, & ſi ſe non defendat, bonorum diſtractionem patitur *l. 54. §. 1 de procur. d. l. 19. §. 1. & 2. de Jud.* Donell. *lib. 7. comment. cap.* 14. Oſſuald. *litter. L.* ſed qui in certum locum ſolutionem deſtinavit, ibi contraxiſſe intelligitur *d. l. 21. de obligat. & action.* ergo licet illuc non pervenerit, ibi defendi, aut ſi non defendarur, bonorum diſtractionem pati cogendus ſit; fulcitur difficultas ex eleganti ad rem textu *in l. 3. de bon. aut Judic. poſſ.* ubi idem Gaius, qui ſuperiorem arbitrariæ actionis inducendæ rationem tradiderat, ſibimet eſt contrarius *lib. 23. ad edict. provinc.* poſtquam *in l. 1. ejuſdem tituli ſub eadem inſcriptione* venire bona ibi oportere? ubi quiſque debet defendi; exemplum apponit, veluti ubi quiſque contraxerit & adjicit quod contractum in eo loco intelligitur, quo negotium geſtum eſt, ſed quo ſolvenda eſt pecunia; ſenſit ergo Gaius debitorem, qui certo loco ſolvere promiſit, licet eo loco non conveniatur, ibi ſe defendere, & ſi non defendatur, bonorum diſtractionem patitur, ac proinde ceſſat omnino arbitrariæ actionis neceſſitas, juxta ea quæ Conſultus ipſe docuerat *in d. l. 1. hoc tit.* cum ſic poſitu Jure non ſolum crediti amittendi periculum ſtipulator non cenſeat, ſed potius meliori & expeditiori jure ad ſitum poſſit pervenire, ſi promiſſor deſtinato loco non inveniatur, quàm ſi ibi inveniretur; nam ſi debitor ibi inventus conveniretur, judiciale ſolum pignus uſque ad debiti quantitatem caperetur *l. 1. & per tot. tit.* cum ſi in cauſa judicetur, captum pignus ſit, ubi autem loco inventum, omnia ejus bona poſſidentur, & credituribus applicantut ex reg. text *in l. 7. §. item 16. cum ſeq.* quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur, junctis quæ tradit Donell. *lib. 23. comment. cap.* 11. & pluribus relatis ab Oſſuald. *litt. A. ibi 9.*

20 Quâ difficultate coactus Gaius *ad d. l. 8. hoc tit. cap. 1. n. 24.* quem potuit laudare Petr. Barboſa *ad d. l. 19. §. 1. de Jud. n. 13. cum ſeq.* aſſerit quod ſi debitor bona poſſideat in loco ſolutioni deſtinato, etiam abſens ibi conveniri poteſt, & ſe defendere cogitur, aut ſi non defendatur, bonorum diſtractionem patirur; cæterum ſi in eo loco bona nulla poſſideat, ita demùm rectè convenitur, ſi ibi deprehenſus ſit; hæc tamen ſententia ex eo manifeſte convincitur, quod cum debitor in loco ſolutioni deſtinato non aliàs poſſet conveniri, quàm ſi ibi reperiatur, utique nec aliàs ſe defendere, aut bonorum diſtractionem pati cogitur, cum bona perſonæ conditionem ſequantur, argum. text. *in l. ult. Cod. de inoffic. teſtam.* Rurſus ſi præfata ſententia vera eſſet, neceſſario fatendum foret eo demum caſu arbitrariam actionem vigere, quo debitor bona in loco ſolutionis non poſſideret, alioquin cum circa debitorem eo loco bona poſſidentem, licet abſentem directa actio poſſet exerceri, arbitraria enim ceſſaret, cum tamen *in d. l. 1. hoc tit.* circa debitorem, qui deſtinato loco deprehenditur nullo habito diſcrimine an bona eo loco poſſideat, vel non, arbitraria actione opus eſſe generaliter Gaius ſcripſerit, quare puto reſpondiſſe Bachovium *d. 2. part. diſput. 71. de act. arbitr. theſ.* 4. textus in argum. adductos, quatenus docent debitorem ſi ibi contraxit, aut ſolvere promiſit, ſe defendere debere, aut ſi non defendatur, bonorum diſtractionem patitur, ſub terminis habilibus accipiendos eſſe, ut ſupponatur debitorem in loco contractus ad ſolutionem ſemel deprehenſum, & in jus vocatum abſentiam poſtea inſtituiſſe, circa quem directa actio, quæ ſemel cum effectu competere cœpit, adhuc in caſu abſentiæ exercetur, ne ſit in ejus poteſtate vim fundaræ ſemel juriſdictionis eludere, & quia ubi ſemel acceptum eſt judicium, ibi finiri debet ex text. *in l. 19. de juriſd. l. ſi quis 7. l. ubi 30. de judic.* junctis quæ docent cum pluribus Donell. & Oſſuald. *d. tit. 17. comment. cap.* 18.

Poſt inductivam arbitr. actiunis tationem adſ- 21
tructam, & ab objectis calumniis vindicatam, de cauſis ex quibus illa comperit, diſquiſitio ſuccedit; in qua re omiſſis pluribus erroribus Anton. Fabri, qui parum feliciter arbitrariam actionem pertractat, cum quo ex profeſſo congreditur Bachovius ubi ſupra *theſ. 3. per tot.* non minùs veram, quàm elegantem regulam Paulus conſtituit *in l. in bona fide, hoc tit.* ubi dum dicit, quod, in bonæ fidei judiciis etiamſi in contrahendo convenerit, ut certo loco, quod præſtetur ex empto, vel vendito, vel depoſiti actio competit; non arbitraria; non obſcure ſignificat in ſtricti juris judiciis, ſi in contrahendo convenerit, ut certo loco aliquid præſtetur, arbitrariam actionem competere, ex mente igitur Pauli eſſentiali differentiâ inter bonæ fidei & ſtricti juris actiones ſuppoſitâ, de qua, quia ad noſtrum tractatum non pertinet, videndus plures referens Pichardus *in §. actionem 28. inſt. de actionib. ut bonæ fidei, & ſtricti juris theſ.* 2. & ex his ſolum diſpoſitionibus, quæ ſtricti juris actiones producunt, ſi fuerint cum adjectione loci conceptæ, competit arbitraria actio de eo, quod certo loco, quia, cum unicus arbitrariæ actionis ſcopus ille ſit, ut creditor, qui ſi directa actione alio loco uteretur, tanquam plus loco petens litem amitteret, arbitraria actione etiam alio loco ſecure, & ſine ullo litis amittendæ periculo experiatur, ut in ſuperioribus vidimus. Conſtat ſolum ſtricti juris judiciis arbitrariam actionem competere, non ſolum in bonæ fidei, in quibus cum perſpectionis pœna locum non habeat, ut diximus *n.* 4. dicta actio etiam intra locum ſolutioni deſtinatum ſecurè poteſt exerceri, ita ut officio judicis contineatur loci adjectionem habere, ut præter

textum *in d. l.* 7. probant Text. *in l. ſicut* 5. *in princ. commod. l. ei apud quem* 5. §. 1. *depoſiti l.* 3. §. *ult.* de act. empt. unde ex ſtipulatione, quæ ſtricti juris actionem producit, ſi fuerit cum deſignatione loci contracta, competit arbitraria actio de eo, quod certo loco *d. l.* 1. *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* quod intelligi non debet de ſtipulatione ſuper bonæ fidei contractibus interpoſita, quæ eorum naturam & qualitates imitatur *l. venditor* 13. *commun. præd. l.* 71. *pro ſocio. l.* 1. §. 13. *cum ſeq. ut legat. nom. cav. l. cum qui* 22. *de donat.* textus ſic intelligitur *in l. cum filius fam.* 49. §. *ult. de verb. obligat.* docent plures quos referunt Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 5. *n.* 10. & Gonzal. *in cap. ult. de plus petition. n.* 21. quod ergo dicitur *in d. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* quod ſi quis certo loco ſe traditurum promittit, arbitrariâ actione utendum eſt, accipi non debet de ſtipulatione ex cauſa emptionis, vel alterius bonæ fidei contractus interpoſita, prout ſine ratione putarunt Donell. & Anton. Faber in eo textu, ſed ſolum de ſtipulatione per ſe, & independenter conſiderata, quæ ad differentiam bonæ fidei contractuum arbitrariam actionem producit, ut advertit Retes *in manu ſcriptis repetita prælectione de verb. obligat. tract.* 1. *n.* 38.

22 Ex reliquis etiam ſtricti juris diſpoſitionibus competit arbitraria actio de eo, quod certo loco veluti ex mutuo ſi ita contractum fuerit, ut certo loco pecunia reddatur *l. aut mutua* 6. *hoc tit.* & ex conſtituto ſi quis certo loco ſe ſoluturum conſtituerit *l. ſi duo* 16. §. 1. *de conſtituta pecunia*, ſed duplex occurrit difficultas. Prima ex eo, quod licet conſtitutum ſtricti juris ſit non minùs, quàm ſtipulatio, actio tamen de conſtituta pecunia, cum ſit Prætoria, ex mente Prætoris vim & poteſtatem accipit, argum. text. *in l. conventionalis* 52. *de verb. obligat. l.* 9. *de Prætor. ſtipulat.* ergo rectè poterit exerceri etiam extra locum ſolutioni deſtinatum, quin arbitraria actione opus ſit. Probatur conſequentia. Ideò in bonæ fidei judiciis arbitrariæ actionis poteſtas conquieſcit, quia judicii æquitas ſufficit, ut alio loco agi poſſit; ergo & ſufficit æquitas edicti de conſtituta pecunia, ut alio loco agatur, quàm in quem conſtitutum eſt. Secundò provenit ex *d. l.* 16. §. 1. de conſtituta pecunia, ubi dicit Ulpianus, eum qui certo loco ſe ſoluturum conſtituit, alio loco non arbitraria, ſed de conſtituta pecunia actione ad arbitrariæ exemplum conveniri: verum quamvis his fundamentis ſeductus ante Faber *de errorib. pragmaticor. decad.* 91. *error.* 6. ex conſtituto non competere arbitrariam actionem contendat, à communi ſententia recedendum non eſt, cui parum obſtant dictæ difficultates; verum quidem eſt actionem de conſtit. pecun. eſſe prætoriam, & ex Prætoris mente, & æquitate interpretationem accipere; non tamen ex eo ſequitur, quod in conſtituto cum adjectione loci concepto arbitraria actio non deſideretur, quæ cum in his omnibus judiciis competat, quæ ſtricti juris ſunt, & in quibus plus petentium pœnæ loco eſt, non poteſt non competere ex conſtituto, quod ſtricti juris eſſe ipſe Faber agnoſcit, & in quo quamvis ex prætoria juriſdictone deſcendat, plus petentium pœnam locum habere mihi probat textus *in d.* §. *ſi quis* 33. *verb. loco de act.* Nec magis pro Fabri opinione facit Textus *in d. l.* 16. §. 1. pro cujus explicatione dicendum eſt Prætorium edictum de eo, quod certo loco ſuper ſtipulatione nominatim receptum fuiſſe, ut ſuadent Textus *in d. l.* 1. l. 2. §. 1. *hoc tit.* & ex identitate rationis ad cæteras ſtricti juris diſpoſitiones, per Conſultorum interpretationem fuiſſe extenſum, ut doctè conſiderat Donell. *in l.* 5. *hoc tit.* & ſic merito Ulpianum dixiſſe ex conſtituto cum adjectione loci concepto, alio loco agi poſſe arbitrariæ actionis exemplo, quaſi diceret arbitrariam de conſtituto actionem alio loco poſſe exerceri ad exemplum arbitrariæ actionis ex ſtipulato, ut docet Bachovius *d.* 2. *part. diſput.* 7. *de action. arbitr. theſ.* 3.

Similiter ſi hæres certo loco legatum præſtare damnetur, certum eſt arbitrariam actionem competere *l.* 56. *hoc tit.* text. ſic intelligendi *in l. ſi fideicommiſſum* 50. *de judiciis l. cum hæres* 47. *in principio &* §. 1. *de legat.* 1. actio etenim ex teſtamento ſtricti juris eſt *l. aliàs* 6. *juncta l. præced. de in litem jurando. l. ult.* §. 1. *de condictione ob turpem cauſam.* licet in quibuſdam bonæ fidei actiones imitetur. *l.* 84. §. *qui ſervum* 5. *de legat.* 1. *l.* 3. *cod. in quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria non eſt.* Cujac. *l.* 28. Paulus ad edictum *in d.* 56. *l. hoc tit.* Bachovius *d. theſ.* 3. qui rectè contra Anton. Fabrum advertit habitam doctrinam non ſolùm legato per damnationem relicto procedere, ſed in vindicationis legato, ut ecce ſi teſtator ita legaverit, Semproni. Stichum ſervum meum Romæ capito; indiget profecto legatarius utili arbitraria actione de eo, quod certo loco, per quam poſſit alio loco contra hæredem experiri; ſed dices; ubi legatum per vindicationem relinquitur, rei vindicatio, quæ arbitraria actio eſt *l.* 68. *de rei vindicat. l. cum pater* 60. §. 1. *ad l. Falcid.* Larreateg. 3. *illuſtr. cap.* 10. *per tot.* competit legatario; ergo fruſtra arbitratiam actionem de eo, quod certo loco deſiderat legatarius; facilè tamen reſpondetur, quod etſi ex legato per vindicationem relicto, rei vindicatio competat legatario, quæ ibi poteſt exerceri, ubi res eſt *l. quod* 38. *de judic.* ubi videndus Santos de San Pedro 4. regul. Licinii Rufini, ubi tamen per vindicationem dari ſolutioni certum locum teſtator deſignavit, extra eum nec ex teſtamento actionem, nec rei vindicationem poteſt legatarius exercere, ſed indiget arbitraria actione de eo, quod certo loco; nec ad id ſufficit rei vindicationis tametſi arbitrariæ poteſtas, quæ longe diverſo ſenſu dicitur arbitraria, quàm actio de eo, quod certo loco, ut *ſeq. cap.* videbimus. 23

Succedit denique celebris illa quæſtio inveſtiganda, utrum ſcilicet ex ſtipulatione in faciendo conſiſtenti cum adjectione loci concepta arbitraria actio competat de eo, quod certo loco, in qua, quia nihil à Conſultis definitum invenitur, anxiè elaborant interpretes *in l.* 43. *de jud.* docet quidem Papinianus eum, qui inſulam Capuæ fieri certo tempore ſtipulatus eſt, eo finito quocumque loco in id quod ſua intereſt agere poſſe, ſed an extra deſignatum locum directa ex ſtipulatu, vel utili arbitraria actione debeat ſtipulator experiri, non definit; exiſtimarunt Cujacius *lib.* 7. *qq. Papin. in d. l.* 43. *de judiciis & tract.* 3. *ad African. in l.* 8. *hoc tit.* & Anton. Faber *de error. pragmat. decad.* 40. *err.* 4. ex ſtipulatione quæ in faciendo conſiſtit poſt 24

Digitized by Google

elapſum tempus, intra quod fieri debuit, quod in ſtipulationem deductum eſt, arbitriam actionem non competere, ſed directa ex ſtipulatu actione extra deſignatum locum agi poſſe; moventur ex eo quod in omnibus obligationibus quæ io faciendo conſiſtunt, ſi non fiat, quod in obligationem deductum eſt, accedit condemnatio in id quod intereſt *d. l. 13. §. 1. de re judicata cum ſimilibus*. Ergo cum ad intereſſe petendum directa actio ſufficiat, arbitrariâ opus non eſt; huic ſententiæ ſubſcribit Zambra *ad d. l. 8. hoc tit. cap. 1. n. 4.* qui præter communem rationem conſiderat, quod cum ſtipulationi, quæ in faciendo, neceſſitatis causâ locus adjicitur, ut dixi *n. 1.* arbitraria actio ex ea competere non poteſt, quæ ſolum competit, ubi utilitatis causâ locus diſpoſitionibus inſeritur; & infrà *n. 5.* non ex omoi ſtipulatione, quæ dationem contineat, arbitrariam actionem competere, ſed ex ea, quâ res mobilis certo loco dari promittitur; nam ſi res immobilis certo loco dari promittatur, etiam extra eum locum directâ actione agi poterit, cum in ſtipulatione rei immobilis, in id ſolum locus deſignetur, ut ubi ſit res in ſtipulatione contenta demonſtretur, non ut ad eum locum exactio, ſeu agendi facultas reſtringatur.

25 Ex contrario Donell. *l. 2. §. ſi quis inſulam 5. hoc tit. n. 2.* & Baehovius *d. 2. part. diſput. 7. de actiomb. arbitr. theſ. 4.* dicunt ex ſtipulationibus, quæ in faciendo conſiſtunt, arbitrariam actionem competere, per quam poſſit alio loco ſtipulator experiri, quia etſi neceſſitatis causâ locus ſit adjectus, ejus tamen utilitas adimi debitori non debet, & licet, ſi non fiat id, quod in obligationibus dictum eſt, ſuccedat condemnatio in id, quod intereſt, non ideò ad conſequendum intereſſe ſufficit directa ex ſtipulatu actio, quia quo loco aliquid promiſſum eſt fieri, eodem loco, ſi factum non ſit, ideſt quod intereſt dari promiſſum iotelligitur; in qua opinionum contrarietate dicendum puto, præſentis quæſtionis reſolutionem ex voluntate contrahentium pendere, ita ut, ſi contrahentes eâ ſolùm mente certum locum ſtipulationi, quæ in faciendo conſiſtit, adduxerint, ut utilem ſtipulationem contraherent, non ut ad eum locum agendi facultatem reſtringerent, arbitrariâ actione opus ſit, ſedi ad intereſſe petendum etiam extra deſignatum locum, directa ex ſtipulatu actio ſufficiat, & tunc verà ſit Cujacii & Anton. Fabri ſententia, & idem in eiſdem terminis ex paritate rationis in rei mobilis ſtipulatione ſervetur juxta elegantem obſervationem, quam ex D. Zamora præced. num. retulimus; ſin autem ſtipulationi in faciendo conſiſtenti certum locum contrahentes deſignarint, non ſolum ut utiliter ſtipulationes conceperint, ſed etiam ut ad eum locum exactionem, ſeu agendi facultatem coarctarent, arbitrariâ actione opus ſit, quia tunc militant rationes, quibus Donell. & Baehuv. utuntur, ſcilicet quod loci utilitas adimi debitori non debet, & quod in faciendi ſtipulationibus eodem ſenſu intereſſe promiſſum intelligatur, quo factum eſt promiſſum, neceſſum omninò eſt, quod ſicuti locus non ſolùm ad utilitatem ſtipulantis ſed ad cæterorum locorum excluſionem fuit adjectus, ſic & circa intereſſe adjectus intelligatur, ac proindè, quod extra eum locum directâ actione deficiente ad arbitrariam ſit recurrendum, quod idem in ſtipulatione, quâ res immobilis certo loco dari promittitur, debet obtineri, ſi non ſolùm demonſtrationis, ſed exactionis reſtringendæ causâ certum locum contrahentes deſignaſſe apparuerit: & hæc de certi loci poteſtate arbitrariæ actionis inducendæ ratione & cauſis, ex quibus illa competit, dicta ſufficiant.

CAPUT II.

In quo inveſtigatur, an, & quo ſenſu utilis actio arbitraria dicatur? quibus in locis poſſit exerceri, & in quibus à triticaria conditione differat actio de eo, quod certo loco?

1 ACTIONEM de eo, quod certo loco utilem quidem eſſe docemur *in l. 1. hoc tit. ibi.* ideo viſum eſt utilem actionem in eam rem comparare; ſed cum utilis actionis nomen diverſimode juxta ſubjectam materiam in jure noſtro accipi ſoleat; quonam ſenſù actio de eo, quod certo loco utilis dicatur, ſub lite adhuc eſt; & quidem ſi utilis actionis nomen in propria & ſtricta ſignificatione ſumatur, actionem de eo, quod certo loco utilem non eſſe evidenter convincitur, quod inter directam & utilem actionem ſtrictè & propriè hoc ipſum Intereſt, quod inter directam & decretalem bonorum poſſeſſionem; & ſicuti edictalis bonorum poſſeſſio dicitur, quæ expreſſe ex ipſo edicto competit de plano ſine ſtrepitu, & figura judicii *l. ult. Cod. qui admit. ad bonor. poſſeſſionem poſſint §. ult. inſtit. de bonor. poſſeſſ.* ad differentiam decretalis, quæ non aliter datur, quàm cauſæ cognitiooe præhabita, & diſcuſſis partium obligationibus *l. 3. §. ſi cauſa cognita 8. de bonor. poſſeſſ. l. 2. §. 1. quis orde in bonor. poſſeſ. ſervet.* ſic pariter directam actionem dicimus, quæ ex propria cauſa contineatur, ſive dimanat, & abſque aliqua cauſæ cognitione competit; utilem vero quæ non aliter à Prætore conceditur, quàm causâ cognità, & æquitatis ratione perpensâ *l. ſi longus 18. §. 1. de judic. l. 17. de rebus creditoris. l. quidam 46. de hæred. inſt. l. ſed ſi unius 17. §. 10. & 15. cum ſeq.* videnda quæ Dominus Retes tradit cum pluribus *lib. 3. de interd. & relegat. excurſ. 6. n. 83. cum ſeq.* in hujuſmodi autem ſenſu actio de eo, quod certo loco non utilis, ſed directa dici debet; licet enim æquitatis ratione nitantur *l. 4. §. 1. hoc tit.* cauſæ tamen cognitionem non exigit, ſed elapſo tempore, intra quod ad deſignatum locum pervenire debitor potuit, ex ipſo edicto alio loco agere volenti competit, ut notum eſt: Rurſùs utilis actio propriè ſumpta in ea à direc-

ta

Digitized by Google

ta differt, quod cum directæ formulæ ſolemnes eſſent, & in albo prætoris ſcriptæ, & in ea ſemper Prætor judicem daret, utiles formæ in albo poſitæ non erant, ſed à Prætore concipiebantur, prout neceſſitas poſtulabat; & ſi aliquando in ea extraordinarium judicium vertebatur, Prætor ipſe extra ordinem cognoſcebat, nec judicem dabat *l. 47. de neg. geſt.* Oſſuald. ad Donell. *lib. 21. comment. cap. 2. litt. J.* Barboſa *in d. l. 28. §. 1.* Pichard. *ad princip. inſt. de ſucceſſ. ſublat. ex n. 9. & §. actionum 28. de actionib. quæſt. 1. n. 19.* Retes *2. opuſcul. ſect. 1. cap. 8. n. 3.* ſed actionis de eo, quod certo loco certa & ſolemnis erat formula, ut infra dicemus, & in ea ſemper ordinarium judicium exercebatur; nec Prætor extra ordinem judicabat, ſed judicii ordine ſervato judicem dabat, ad quem litigantes remittebat, ut conſtat *ex l. 2. §. ult. l. 3. l. 4. §. 1. l. 8. l. ult. hoc tit.* ergo in hoc ſenſu non utilis, ſed directa dici debet actio de eo, quod certo loco.

2 Qua propter Accurſius *in d. l. 2. hoc tit.* verbum *utilem actionem* de efficaci interpretatur, & eum fere ſecutus eſt Cujacius *tract. 3. ad African. in d. l. 8. hoc tit.* ideo hanc actionem utilem appellari cenſet, quia ad id quod intereſt, datur, quod utilitatis nomine deſignatur *l. proinde 25. cum ſeq. ad Aquil. l. Jul. 9. §. ult. ad exhibendum l. 51. §. cum per vend. 3. de act. l. 41. in princip. de fidejuſſorib.* ſicuti & utilem actionem pro efficaci accipi debere *in l. 2. de æſtimatoria act. & in l. ſtipulatio 38. §. ſi quis 21. de verb. obligat.* tenet Oroz. *de apicib. jur. l. 2. cap. 3. n. 4. & lib. 3. cap. 1. n. 52.* quibus ſententiis omiſſis verius eſt actionem de eo, quod certo loco, ideo utilem dici, quia ad exemplum directæ actionis, quæ deſtinato loco competit, præter jus civile à Prætore fuit comparata, & introducta, ut docent Donell. & Anton. Faber *in d. l. 1.* quos ſequitur illuſtriſſimus Ramos *in manuſcript. prælect. ad hunc tit. in d. l. 8. hoc tit. n. 2.* Nec novum in jure, imo valde uſitatum eſt, ut actiones, quæ quia ex propriis juribus ſine cauſæ cognitione competunt, directæ ſunt, utiles non appellantur, quia non ad aliorum exemplum æquitate ſuadente introductæ ſunt *l. ſed ſi 12. l. 53. ad Aquil. §. ult. inſt. eod.* Suarez de Mendoza *ad l. Aquil. lib. 3. cap. 7. per tot.* & ut ad rem propriùs accedamus, ſæpè Prætoris actiones, quæ quia ex edicto competunt ſunt directè ad jus civile relatæ, & ideo utiles dicuntur *l. electio 26. §. item 2. & §. ſi quis 4. de noxal. act.* & ſic publicana actio, quæ tanquam ex edicti verbis proficiſcens directa eſt cum rei vindicatione comparata, utilis ſolet appellari *§. namque 4. inſt. de actionib.* & in rem actio ſuperficiario competens, etſi ex edicto profluat; & directa ſit *l. 1. de ſuperficieb.* cum civili vindicatione collata, utilis dicitur *in l. tutor 16. §. ult. de pignorat. act.* proſequitur Oſſuald. *ad Donell. lib. 21. comm. c. 2. litt. G.* ſimiliter ergo actio de eo, quod certo loco, quamvis ex edicti verbis oriatur, & ex ſe directa ſit, cum civili tamen conditione, quæ deſtinato loco exercetur collata, utilis nominatur.

3 Sed nunc non levem difficultatem patitur, quod pro explicatione textus *in d. l. 137. §. cum ita 2. de verb. obligat. ſuperiori cap. n. 18.* dicebamus, ſcilicet actionem de eo, quod certo loco eamdem eſſe origine & ſpecie, quæ naſcitur ex ſtipulatione cum adjectione loci concepta, ſed quæ dum alio loco exercetur, novam inducit arbitrii qualitatem, quippe cum conditio, quæ ex ſtipulatione naſcitur, civilis & directa ſit; actio autem de eo, quod certo loco utilis, & prætoria, & inter civiles, & prætorias actiones quamplurimùm interſit *l. 25. §. ult. de obligat. & act. §. ſed item quidem 3. inſt. de actionib.* non niſi abunde dici poteſt actionem de eo, quod certo loco, quæ ex prætoria juriſdictione dimanat, eamdem eſſe cum adjectione loci ex ſtipulatione ipſa provenienti, quæ civilis eſt; Recte tamen id ineſſe diſcriminis dicitur, ſcilicet actionem de eo, quod certo loco utilem & prætoriam eſſe, condictionem autem civilem & directam, & actionem de eo, quod certo loco ſpecie, & origine cum condictione eſſe eamdem *l. 137. §. 2.* hoc enim dum dicimus, id aſſerimus actionem de eo, quod certo loco eamdem originem habere, quam condictio videlicet ſtipulationem cum adjectione loci conceptam, ut mihi probant Africani verba *in d. l. 8. hoc tit.* hic autem una pecuniæ creditæ eſt ſtipulatio, circà cujus executionem æſtimationis ratio arbitrario judicis committitur, & ſic eamdem conſtituere, eumdemque effectum continere; naſcitur quidem ex ſtipulatione cum deſignatione loci concepta certi conditio, aut actio ex ſtipulatu, quæ deſignato loco directe & civiliter exercetur, extra eum vero utiliter, & ex prætoria Juriſdictione inſtituitur, & dum alio loco movetur, utilis actio de eo, quod certo loco dicitur ex cauſa ſtipulantis, ſicuti & utilem actionem ex mandati cauſa competere in eleganti ſpecie Africanus aiebat *in d. l. 43. de hæred. inſt.* tradit Donell. *in d. l. 1. hoc tit. n. 5.* juxta cujus doctrinam accipi debere puto Bachovium prolixe contra Fabrum diſſerentem *d. 2. part. diſput. 7. de action. arbitr. theſ. 2. per tot.*

Arbitrariam eſſe actionem noſtram conſtat *ex* 4
d. l. 2. in princip. d. l. 4. §. 5. l. 5. l. 7. cum ſeq. l. ult. hoc tit. d. l. 66. de conſtituta pecunia l. unic. eodem ubi conveniatur, qui certo loco dare promiſit. §. præterea 31. §. ſi quis 33. verb. propter quam cauſam de actionib. ſed quo ſenſu arbitraria dicatur, an ſcilicet cæteris arbitrariis actionibus ſit ſimilis, an vero propriam, & ſeparatam materiam ſortiatur, ſine controverſia res eſt; cujus ut reſolutio clarior appareat, quæ ſint arbitrariæ actiones quaſi per indicem oſtendere decrevi; Arbitrariæ igitur actiones autore Juſtiniano *in d. §. 31.* dicuntur, in quibus duplex intercedit ſententia, alia interlocutoria, quâ judex tanquam arbiter & amicabiliter potius, quàm rigore juris inſiſtens non jubet reſtitui; & altera definitiva, per quam reus, ſi judicis arbitrio non obtemperaverit, in pœnam contumaciæ ſecurius condemnatur, vel ad intereſſe, vel ad duplum, vel prout fert æquitas, & natura arbitrariæ actionis in judicium deductæ *l. item 14. §. hac autem 4. quod metus cauſa l. 46. cum ſeq. de rei vindicat. cum ſimilib.* cujus juris ratio ex eo pendet, quod in his actionibus, quæ referuntur in d. §. 31. reus juſtam litigandi cauſam habet, donec ſuam intentionem actor impleverit, vel quia commodo poſſeſſionis fruitur, vel quia rem habet ex actoris voluntate, ut videre eſt in rei vindica-

tione, actione quod metus cauſa, & ſimilibus, in quibus ideo æquum eſt, ut non ſtatim reus plene & definitive condemnetur, ſed ut prius per interlocutoriam ſententiam à judice admoneatur, ut rem reſtituat ſub comminatione ſeverioris, ſeu omnimodæ condemnationis; ſed ſi judicis arbitrium neglexerit, & in contumaciam inciderit, quia in his actionibus agitur de rei propriæ, vel quæ aliquando fuit propria, reſtitutione in contrarium verſa æquitatis ratione per definitivam ſententiam ſeveriorem, ſeu omnimodam condemnationem patitur; quæ pro terminorum explicatione breviter attigiſſe ſufficiat; qui pleniùs arbitrariarum actionum & æquitates, & in quibus & bonæ fidei, aut ſtricti juris actionibus conveniant, & ab eis differant, ſcire deſiderat, Bachovium conſulat, hæc omnia quæ ad præſentem inſpectionem non conducunt latè & doctè exequentem 1. *part. d. diſput. 7. de actionib. arbitr. per tot.*

5 His ſic principiis præjactis Duaren. in celebri comment. ad textum *in l. in actionib. 5. de in litem jur. n. 45. cum ſeq.* & Myſingerus *in d. §. 31. de actionib. n. 15.* quibus ſubſcribit Zamora in relectione ad textum *in d. l. 8. hoc tit. cap. 1. n. 2.* aſſerunt actionem de eo, quod certo loco nec propriam, nec ſeparatam naturam à cæteris arbitr. actionib. habere, ſed in eodem ſenſu arbitrariam eſſe, quo reliquæ dicuntur arbitrariæ quam ſententiam ſic probat Juſtin. *in d. §. 31. de actionibus*, actionem de eo, quod certo loco inter reliquas arbitrarias actiones recenſet, nec propriam ejus naturam aſſignat; ergo actio de eo, quod certo loco à cæteris arbitrariis actionibus non diſtat ulterius in hujuſmodi etiam actione duplex deſideratur ſententia interlocutoria, & definitiva; ergo cum reliquis arbitr. actionib. æqualem ſortitur fortunam; probatur antecedens ex differentia text. *in d. l. 4. § 1. hoc tit.* ubi aſſerit Ulpian. interdum judicem, qui in hac actione cognoſcit, cum ſit arbitraria, reum abſolvere debere exactâ ab eo cautione eo loco de pecunia ſolvenda, ubi dari promiſſa fuit; veluti ſi reus pecuniam ibi obtulerit actori, vel depoſuerit, vel ex facili ſolvere poſſit, ergo in hujuſmodi actione priuſquam per definitivam ſententiam reus ad intereſſe condemnetur, per interlocutoriam ſententiam deſtinato loco ſolvere jubetur, hoc idem aſſumptum noviter probare intendit Zamora ad text. *in d. l. 1. Cod. comminationes, epiſtolas, &c.* ibi judicis comminationem, qui certas uſuras eos præſtituros dixit, qui intra certum diem debitum non ſolviſſent, nec vim ſtipulationis obtinere dicitur, ſupponit in actione de eo, quod certo loco comminationem interceſſiſſe, & infert in ea interlocutoriam ſententiam definitivam præcedere; tandem ab inconvenienti ſic arguet ex eo ſolum, quod in hac actione loci utilitas æſtimetur, & intereſſe per officium judicis accedat ſorti principali, hoc ipſo, quod duplicem ſententiam intervenire opus non ſit, eam arbitrariam eſſe non deducitur; nam in triticaria etiam condictione utilitas loci æſtimatur, & per judicis officium intereſſe præſtatur, *l. vinum 22. de reb. cred. l. ult. de condict. triticar.* & tamen nemo dixerit triticariam condictionem inter arbitrarias actiones recenſeri; ſimiliter & in pleriſque aliis actionibus arbitrio judicis æſtimatio committitur, quæ tamen ideo non ſunt arbitrariæ, *l. 37. mandat. l. 73. de legat. 2. l. unic. Cod. de ſent. quæ pro eo, quod intereſſe præferuntur*: ergo actio de eo, quod certo loco duplicem ſententiam deſiderat, nec à cæteris arbitrar. actionib. diſtat, vel differt.

Communior tamen eſt, & meo judicio verior contraria ſententia, quæ tenet actionem 6
de eo, quod certo loco à cæteris arbitrar. actionib. longè diſtare, & arbitrariam eſſe, non quia duplicem ſententiam exponit, ſed quia in ea tota æſtimationis ratio arbitrio judicis committitur, & propter loci intereſſe augetur, vel minuitur condemnatio; prout rei vel actoria intereſt deſignato loco pecuniam ſolutam fuiſſe, ut docent Anton. Faber *de error. pragmat. decad. 90. error. 2.* & Bacchov. *d. 2. part. diſput. 7. de action. arbitrar. theſ. 2.* cujus rei eam eſſe rationem puto, quod cum in cæteris arbitrar. actionib. ideò interlocutoria ſententia definitivam præcedere debeat, quia reus juſtam litigandi cauſam habet, uſque dum ſuam intentionem actor ſignificaverit; & dici non poteſt debitorem, qui intra tempus arbitrio judicis præfinitum ad locum ſolutioni deſtinatum non acceſſit, juſtam litigandi cauſam habere, cum non niſi injuſtè debiti ſolutionem poſſit recuſare, inde provenit, quod in actione de eo, quod certo loco abſque ulla interlocutoria ſententia reus plenè & definitivè ad totum intereſſe debeat condemnari, & in eo hæc actio à cæteris arbitrariis differat: Nec quidquam faciunt contrariæ opinionis fundamenta; nam quod Juſtin. *in d. §. 31. de actionib.* actionem de eo quod certo loco inter cæteras arbitrarias retulerit, probat quidem eam arbitrariam eſſe, quod fatemur, non tamen evincit eodem ſenſu arbitrariam eſſe, quo cæteræ arbitrariæ dicuntur; nec duplicem eam deſiderare ſententiam, imò contrarium expreſsè probat Ulpian. quod in ipſos adverſarios retorqueo *in d. l. 4. §. 1. hoc tit.* ubi ſententia, per quam reus ad præſtandam cautionem de pecunia deſtinato loco ſolvenda condemnatur, non eſt interlocutoria, ſed potiùs definitiva, cum per interlocutoriam ſententiam reus ab arbitraria actione non abſolvatur; per hujuſmodi autem ſententiam per quam ſuperiorem cautionem præſtare jubetur, ab arbitraria actione de eo, quod certo loco abſolvatur, & ad locum ſolutioni deſtinatum remittatur, ut pleniùs *ſeq. cap.* dicemus, ubi de officio judicis in hac actione ſermonem inſtituamus: Nec urget textus *in d. l. 1. Cod. comminationes, epiſtolas, &c.* qui ſi rectè perpendatur, ad rem noſtram non ſpectat, cum nec de actione de eo, quod certo loco, nec de interlocutoria ſententia loquatur, ſed de judicis comminatione, quæ cum interlocutoria ſententia commune nihil habet; hæc enim inter arbitrarias actiones prolata res judicata dicitur *in l. 35. §. 1. de rei vindicat.* Bachov. *d. 1. part. diſput. 7. theſ. 7. & 11.* judicis autem comminatio, quæ de plano interponitur, nec res judicata dicitur, nec vim ſtipulationis obtinet *d. l. 2. l. 9. Cod. comminationes* ultimi adverſariorum fundamenti ſolutio ex his conſtabit, quæ circa differentias actionis de eo, quod certo loco & triticariæ conditionis infrà dicemus.

Utilis hæc & arbitraria actio ſolùm extrà lo- 7
cum ſolutioni deſtinatum exercetur; in eo autem directa competit actio ex ipſa diſpoſitione

cum adjectione loci concepta ſine olla arbitrii qualitate *d. §. 4. in princip. hoc tit.* per quam ad id præciſè debitor condemnatur, quod in obligationem deductum eſt, niſi forſan ſuffultus privilegio, eo loco actionem exercere non cogatur, veluti ſi quis certam pecuniam Romæ ſe daturum promiſit, & propter legationis munus ut negotia ſibi miſſa expediret, Romam perveniret, conveniri confeſtim non poteſt *l. cum quæritur 3. de legationib.* quia Legati eo gaudent privilegio; ut ex his quæ ante legationem gerunt Romæ, aut alio loco convenienti reſidere non teneantur, ſed jus habeant domum revocandi, ne à munere ſibi invento, cui enixè incumbere debeant, avocentur *l. 2. § legatis 3. l. 24. de judic. cum ſimil.b.* Donell. & Oſl. *lib. 1. commem. q. 13.* adeo ut etſi Romæ ante legationem contraxerint, legationis tamen munere fungentes ibi conveniri non poſſunt *d. l. 2. §. omnes 4. de judic. d. l. 3. de legationib.* ubi African. ſolutioni locum deſtinatum loco contractus ſimilem faciens, quia contraxiſſe quiſque eo loco cenſetur, in quo ut ſolveret ſe obligavit; docet, eum, qui ante legationem Romæ contraxit, aut ibi ſolvere promiſit, dum legationis munere fungitur, ibi conveniri non poſſe; quod jus non ſolum derogatum non eſt *per Authenticam qua in provincia ubi de criminibus agi oporteat*, ut air Anton. Faber. *in rat. ad text. in d. l. 1. §. 4. de judic.* ſed & ita verum eſt, ut licet debitor in legatione conſtitutus id ſolvere conſtituerit, quod ante legationem debebat, nec eo loco, ubi conſtituit poſſit conveniri *l. 8. de judic.* quia conſtitutum priorem firmat obligationem, ejuſque omnes induit qualitates, adeo ut originem, & cauſam conſtitutæ pecuniæ in omnibus oporteat ſpectari *§. ult. l. 3. l. id quod 19. de conſtituta pecunia. l. 33. de donat.* quod tunc ſolum procedit, eum legatus quod ipſe debebat ſe ſoluturum conſtituerit prout poteſt *l. eum qui 5. §. quod exigimus 2. de conſtituta pecunia.* domum revocandi jus non habet *argumento textus in l. cum furioſus 39. §. 1. de judic.* cum nec priori obligationi jus inhæreat, nec actioni de conſtituta pecunia, utpotè quæ naſcitur ex conſtituto in ipſa legatione geſto *ex l. non diſtinguimus 32. § 9. de recept. arbitr.* cum aliis docet Faber *in rat. ad text. in d. l. 8. de re judicata.*

8 Quod diximus eum, qui in legatione conſtituit, quod ante legationem debebat domum revocandi jus habere, fallit, ſi id ſpecialiter actum ſit, ut legationis tempore ſolveretur; quo caſu ſuo privilegio legatus renunciaſſe dignoſcitur, ut expreſſè African. reſpondet *in d. l. 3. d. legationibus.* ex cujus doctrina venit intelligendus difficilis textus *in l. 5. §. 2. de conſtituta pecunia*, ubi ex ſententia Juliani aſſerit Ulpianus legatum Romæ conſtituentem, id quod in Provincia acciperet, cum effectu poſſe conveniri, in Provincia autem ſe Romæ ſoluturum conſtituentem de conſtituta pecunia actionem excipere non teneri; quam deciſionem ut eum text. *in d. l. 8. de judic.* in concordiam redigant Doctores, varias excogitarunt ſolutiones; & omiſſis emendationib. Julii *centur. 3. q. 21.* & Donell. *lib. 17. comm.* cap. 14. quas ſequitur Gonzalez *in comment. ad text. in cap. ult. de foro compet. n. 7.* Cujac. *lib. 3. q. Pap. in d. l. 39. §. 1. de judic. & 13. obſervat. cap. 17.* Oſſuald. ad Donell. *d. lib. 17. comment. q. 14. litt. A.* & Anton. Faber. *in rat. ad præd. text. & de error. pragmat. decad. 9. error. 7.* elegantem conſtituunt differentiam inter legatum ſimpliciter Romæ conſtituentem debitum in Provincia ante contractum, qui ideo ante perfectam legationem conveniri non poteſt, *d. l. 8. de judic.* quia non privilegia renunciaſſe, ſed potius ex ipſo loco ſe ſoluturum conſtiruiſſe cenſetur, in quo antea ſolvere debebat *ex d. num. anteced.* & inter legatum qui Romæ exiſtens nominatim ſe ſoluturum conſtituit; qui etiam antequam munus legationis impleverit Rumæ conveniri non tam poteſt, quàm debet, ut loquitur Conſultus *in l. 5. §. 1. de conſtit. pecun.* quæ ſolum deſtinato loco poteſt exerceri, non utili arbitraria, quæ extra eum ſolum locum utiliter exercetur, *d. l. 10. §. 1. eod.* quia cum id ſpecialiter egerit, ut legationis tempore ſolveret, ſuo privilegio creditur renunciaſſe ex regula text. *in d. l. 3. de legationib.* Sed dices, ubi legatus eum in Provincia adhuc eſſet, ſe Romæ ſoluturum conſtituit, expreſſè ſolutionem deſtinavit in tempus legationis, & tamen denegatur in eum actio de conſtit. pecun. *d. l. 5. §. ult. verb. ſed etſi.* ergo pariter licet Romæ exiſtens nominatim Romæ ſe ſoluturum conſtituit, & in tempus legationis ſolutionem contulerit, debet contra eum actio de conſtit. pecun. denegari. hanc difficultatem ut effugiat Faber *in rat. ad tex. in d. l. 5.* reſpondet in præfato verbo *ſed etſi.* eum caſum contineri, quo legatus priuſquam legationis munus ſuſcepiſſet, in provincia exiſtens Romæ ſe ſoluturum conſtituit, qui ideo legatione durante eo nomine judicium pati non cogitur, quia ante legationem conſtituit, quæ ſolutio ex eo diſplicet, quod ſi acceptus ſuperior verſiculus omni omnino dubitatione caret, neque ad rem tam præcipuam Juliani ſententia Ulpianus uteretur; veriùs forſan poterat reſponderi, legatum qui cum adhuc eſſet in Provincia, ſe Romæ ſoluturum conſtituit, non in tempus legationis, ſed poſt eam demùm perfectam deſtinaſſe ſolutionem intelligi; hujuſmodi etenim conſtitutum ambiguum ſenſum continet, dubium ſane, an legatum ante vel poſt impletam legationem Romæ ſolvere conſtituerit? in ambiguo autem ſenſu ſermonis eam potius interpretationem ſumimus, quæ eſt debitori commodior *argum. text. in d. l. 45. de obligat. & actionib.* nec ſic acceptâ voluntate locus ſupervacuus conſtituto adjectus invenitur, cum debitoris, aut creditoris poſſit intereſſe potius pecuniam ſolvi, quàm ex priori obligatione ſolvi debuit *argum. text. in d. l. 5. in princip. de conſtit. pecu.* non idem dici poteſt de legato, qui Romæ exiſtens ſpecialiter Romæ ſe ſoluturum conſtituit, cujus ea fuiſſe voluntas deprehenditur, ut legationis tempore ſolveret, alioquin fruſtra Romæ ſe ſoluturum conſtituiſſet, quia licet ſine loci adjectione conſtituiſſet, ibi tamen poſt perfectam legationem cooveniti potuiſſet; vel quia ibi negotium geſſerat, ex regula text. *in l. Roma 33. ad Municip.* locus itaque conſtituto adjectus ut aliquid operetur, nec fruſtra appoſitus dicatur, eam conſtituentis arguit voluntatem, ut in tempus legationis debiti ſolutionem & effectivam exactionem deſtinaret.

Hæc ex privilegiario, ſeu ſpeciali jure deſ- 9

cendunt, communi autem jure ex diſpoſitione loci cum adjectione loci concepta in loco ſolutioni deſtinato directa actio poteſt exerceri; & quidem ſi unicus dumtaaat locus diſpoſitioni fuerit adjectus, facilis & expedita res eſt, ſi verò duo loci fuerint appoſiti, multùm refert an disjunctim, an conjunctim adjecti proponantur? Si disjunctim, ſeu ſub alternatione, veluti hac forma, *Romæ, & Capuæ centum dare promitto*; loci electio pertinet ad creditorem, qui altero ex his locis etiam ſine alterius adjectione, directa actione debitorem poterit convenire, ut ex Scævola reſpondet Ulpian. *in d. l.* 2. *Scævola* 3. *hoc tit.* ubi ut occurrat objectioni, quæ ex eo facile deſumitur, quod in alternativis obligationib. debitoris eſt electio *l.* 10. *§. ult. de jure dot. l.* 9. *§. ult. de funde cum vulg.* docet ea, quæ tacitè ſtipulationibus inſunt, non ſemper in rei eſſe poteſtate, ideſt electionem, quæ tacitè ineſt alternativæ obligationi, non ſemper ad dedebitorem ſpectare, in cujus arbitrio quid debeat, poni poteſt, ſed an debeat non poteſt, *l. ſub hac* 8. *de obligat. & act.* ex quo principio infertur in alternativa obligatione ita demùm electionem debitori competere, ſi non ideò vis & efficacia obligationis tollatur, & quid debeat ſolùm in ejus poteſtate conſtituatur, ſed ſi electio debitori tributa in ejus arbitrio vim & ſubſtantiam obligationis conferret, ut contractus teneat, ſed rem expediri oportere, ut electio ad creditorem transferatur; ut ecce quandiù utraque ex rebus in alternativa obligatione contentis in rerum natura eſt, electio debitotis eſt, in cujus arbitrio non an, ſed quid debeat ponitur; cæterum ſi altera in rerum natura eſſe deſierit abſque ulla prorsùs electione obligatio in ſuperſtite retinetur, *l.* 34. *§.* 6. *de contrah. empt. l.* 47. *§. ſed ſi* 3. *verſic. qua ratione de legat.* 1. *l.* 11. *§.* 1. *de legat.* 2. *l.* 5. *§. ſi Titius* 2. *qui & à quibus l.* 16. *de verb. obligat. l.* 95. *§.* 1. *de ſolut.* nam inutilis redderetur obligatio, ſi adhuc electio debitori competeret, qui rem eligeret, quæ præſtari non poſſet, non autem ſuperſtitem præſtare cogeretur, niſi poſt moram debitoris aliquam aliqua ex rebus, quæ in obligatione continentur, perierit, quo caſu electio adhuc debitori relinquitur, qui ejus æſtimationem ſolvendo liberatur, ne creditor ſua cunctatione pretioſiorem rem conſequatur; diſertus Textus ſic intelligendus *in d. l.* 47. *§.* 3. *de legat.* 1. *text. in l.* 95. *in princip. & §.* 1. *de ſolut.* docet Suarez de Mendoza 1. *ad Aquil. cap.* 4. *ſect.* 3. *ex n.* 17. qui per integram ſectionem eleganter explicat difficilem ad rem textum *in l. Stichum* 55. *ad l. Aquil.* quidquid contra juris rationem dicant Cujac. *lib.* 28. *q. Papin. in d. l.* 9. *de ſolut.* & Anton. Faber *in rat. ad text. in d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* ex quibus rectè concludit Ulpianus in ſtipulatione ſub locorum alternatione contracta loci electionem creditori tribuendam, quia alioquin eſſet in arbitrio debitoris, ut conveniri nunquam poſſet, qui uno ex his locis alterum ſemper eligeret, & inutilem ſtipulationem redderet.

10 Triplex contra inſurgit difficultas, prima ex eo, quod licet in propoſito loci electio debibitori competeret, & in ejus eſſet arbitrio, ut conveniri nunquam poſſet, non ideò inutilis eſſet ſtipulatio ſub locorum alternatione contracta; ergo parum rectam ſuæ deciſionis rationem Ulpian. ſtatuit, dum ideò loci electionem tribuit creditori, ne alioquin ſtipulatio ſit inutilis. Ant. probatur; licet obligationis ſubſtantia non poſſit ex arbitrio debitoris pendere, nil tamen prohibet executionem obligationis in ejus poteſtate conſtitui, licet ſtipulatio ita concepta [*ſi promiſſor voluerit*] ſit inutilis *l.* 46. *§. ult. de verb. obligat.* quia tota ejus ſubſtantia in arbitrium debitoris confertur juxtà tearum *in d. l.* 8. *de obligat. & action.* ita etiam *cum volueris, dabis* ſtipulatio rectè contrahitur, *d. l.* 46. *§. ſi ita* 2. *de verb. obligat.* quia cum articulus ille, cum principaliter tempus demonſtret, & ſecundariò conditionem contineat *l.* 22. *quando dies ſcilicet.* Non ſubſtantia, ſed executio obligationis in arbitrium debitoris collata cenſetur, ut doctè explicant Donell. *lib.* 12. *Comment. cap.* 7. & ibi Oſſuald. *lit A.* Quidquid dicant Sarmiemo *ſelect.* 2. *cap.* 6. *n.* 24. & Oroz. *de apicib. jur. cap.* 9. *n.* 17. Sed licet in ſtipulatione ſub locorum alternatione concepta loci eligendi facultas debitori competeret, non ideò obligationis ſubſtantia, ſed executio ſolùm in ejus arbitrio poneretur, cui liberum eſſet conveniri nunquam poſſe, non autem ut obligationis nexu adſtringeretur; ergo licet loci electio debitori competeret, non ideò inutilis eſſet ſtipulatio ſub locorum alternatione contracta. Secundò ſic argumentor, quamvis loci electio ad debitorem pertineret, non ſolùm ſubſtantia, ſed nec obligationis executio ex ejus poteſtate penderet, quia etſi creditor nullo ex locis ſolutioni deſtinatis directam actionem exercere poſſet; utili tamen arbitrariâ poſſet alio loco contra debitorem experiri habitâ ratione, quanti alterutrius intereſſet in loco, quem debitor elegiſſet pecuniam ſolutam fuiſſe; ergo non rectè loci eligendi facultas ad creditorem transfertur? Tertia denique difficultas naſcitur ex ipſo textu *in d. l.* 2. *§.* 3. *hoc tit.* ubi Conſultus ipſe fatetur in ſtipulatione ſub locorum alternatione concepta debitorem electionem habere, quo voluerit ex locis ſolvendi; ſed implicat debitorem eligere poſſe ubi ſolvat, & loci electionem ad creditorem pertinere; ergo ſibi contradicit Ulpianus, dum docet electionem ad creditorem transferri: hoc ipſum ampliùs explicatur, poteſt debitor eligere ubi ſolvat; ergo loci utilitatem ei adimere creditor non poteſt, ac proindè non directa, ſed utili arbitrariâ actione debet experiri, in qua tota æſtimationis ratio arbitrio judicis committatur.

Veriſſima tamen eſt Ulpiani ſententia, licet 11
parùm hactenos concepta, cui ſuperiores objectiones non obſtant, quarum primæ reſpondendum puto, id, quod dicitur non ex eo inutilem eſſe ſtipulationem, quod obligationis executio ut plurimùm in debitoris arbitrium conferatur, verum quidem eſſe, eâque ratione procedere, quod cum executio multùm differat ab obligationis ſubſtantia, non repugnat executionem ad differentiam obligationis in poteſtate debitoris conſtitui, ſed in ſtipulatione ſub locorum alternatione contracta, ſi loci electio debitori competeret, non ſolùm executionem, ſed & ſubſtantiam obligationis in ejus arbitrio conſtitutam, neceſſariò dicendum foret. Quod ut demonſtrem inter ſtipulationem ſic conceptam *cum volueris, dabis*, & ſtipulationem ſub locorum alternatione contractam, dato quod loci electio ad debitorem ſpectaret, illam obſervo differentiam; ideo prior ſtipulatio jure ſubſiſtit *d. l.* 46. *§.* 1. *de verb. obligat.* quia qui ſic promittit, ſe aliquando ſoluturum demonſtrat, & poſitâ ſubſtantiâ obligationis executionem in

Digitized by Google

propriam voluntatem conſert, ſed efficaciter, & ubi primùm ſe velle conſtituerit, mutare voluntatem non poteſt, ſed efficaciter ex promiſſione convincitur, ut innuitur *in d. l. 46. §. 2.* & ex eo convincitur, quod alioquin ſi liberam variandi facultatem haberet, inutilis omninò eſſet ſtipulatio, utpotè quæ nullum eventum ſortiretur, & ex qua nullo unquam tempore conveniri promiſſor poteſt; at ſtipulatio ſub locorum alternatione concepta, ſi loci electio debitori relinqueretur, tota tam in ſubſtantia, quàm in executione obligationis ex ejus arbitrio penderet; ſic inutilis eſſet ſtipulatio, quia debitor uno ex locis conventus alterum ſemper eligeret, ut dicitur *in l. 2. §. 3. hoc tit.* id eſt, ut optimè explicat Donell. in eo textu *n. 6.* liberam obtineret variandi facultatem, locum ſemel electum poſſet iterùm repudiare, & perpetuò voluntatem mutare, & nec poſt electionem poſſet unquàm conveniri; cujus difficilis ratio ex eo deſcendit, quod in ſtipulatione *cùm volueris, dabis*, voluntatis causâ executionem interponendi facultas expreſsâ conventione competit promiſſori, qui ideò ubi ſemel voluerit, mutare voluntatem non poteſt, In ſtipulatione autem ſub locorum alternatione conceptâ loci electio ſi debitori competeret, non propter expreſſam conventionem, ſed tacitè & ex natura contractus competeret, & ſic poterit debitor variare; ut probant elegantes ad rem textus *in l. 106.* & *198. §. 1. de verb. obligat.* in quibus inter electionem, quæ reo expreſsè tribuitur; & eam, quæ tacitè ei competit, illud intereſſe dicitur, quod debitor, cui expreſsè electio tribuitur per hæc verba, *utrum voluero*, variare non poteſt; is autem, cui tacitè ex natura contractus competit electio, liberè poteſt variare: tradunt Cujac. *9. qq. Papin. in l. qui 66. de procurator.* Barboſ. *in l. 5. de legat. 1. n. 9.* Donell. Cheſ. *lib. 1. interpret. cap. 50. n. 92.* merito itaque Ulpian. ſtipulationem ſub locorum alternatione conceptam inutilem futuram aſſeruit, niſi loci electio ad creditorem transferretur.

12 Ex iiſdem principiis fluit ſecundæ difficultatis ſolutio; prius namque eſt, ut utilis ſit ſtipulatio cum adjectione loci concepta, & ut directam actionem producat; quàm ut ex ejus cauſa arbitraria actio naſcatur, quam non ideo Prætor introduxit, ut utilem ſtipulationem efficeret, ſed ut ex cauſa utilis ſtipulationis etiam extra locum ſolutioni deſtinatum creditor ad ſuum perveniendi facultatem haberet, ut *præced. cap.* dicebam; quapropter cum ſtipulatio ſub locorum alternatione contracta, electione debitori relictâ eſſet inutilis, nec ad conveniendum promiſſorem aliquo ex deſignatis locis directam actionem produceret; utique ex ejus cauſa utilis arbitraria actio competere poſſet; qua in ſuppoſitione utilis ſtipulationis & directæ actionis diximus, ut ſic neceſſum fuit loci electionem debitori adimere; & ad creditorem transferre ad hoc ut ſic concepta ſtipulatio utilis ſit, & tam arbitrariam, quàm directam actionem producat. Nec ſibi adverſatur Ulpianus, ut jam tertiæ objectioni ſatisfaciam, cum dicat debitorem eligere poſſe ubi ſolvat, qui electionem ſolùm ante petitionem tribuit; quo tempore ſi debitor in loco, quem elegerit; ſolverit, ad executionem obligationem perducit, per litem vero conteſtatam eligendi facultatem amitit, quia licet electio debitori competens ex alternativa obligatione adhuc poſt litis conteſtationem perſeveret *l. ubi 75. §. qui 8. de verb. obligat. §. ſi quis 33. verb. qua de cauſa inſtit. de actionib.* ad differentiam electionis debitori competentis, caſu quo una tantum res eſt in obligatione, & altera in ſolutione; quæ poſt litem conteſtatam ſpirat juxta textum ſic intelligendum *in l. 1. de penu. legat. l. 19. in princip. l. 84. de verb. obligat. l. 57. in princ. de ſolut.* In præſenti tamen poſt litis conteſtationem loci electio propter ſupra expenſam rationem ad creditorem transferatur, qui in eo, quem elegerit loco directâ actione debitorem poteſt convenire perinde ac ſi electus locus ſolus diſpoſitioni fuiſſet appoſitus, argumento textus *in l. 112. in princ. de verb. obligat.* Donell. *in d. l. 2. §. 3. n. 8.* & Faber *in rat. ad textum in d. l. 251.*

Progreditur Ulpianus *in d. §. 3. & in verbo* 13 *proinde* quod circa ſtipulationem ſub ſimplici locorum alternatione contractam dixerat ad ſtipulationem ſub mixta locorum & rerum alternatione conceptam extendens docet ex ſtipulatione ſic contracta, t. *Carthagine*, *aut Capuæ hominem dare ſpondes* mixtam rerum alternationem locorum alternationi ex neceſſitate facere actoris electionem, ideſt ſtipulantem propter locum etiam rem eligere poteſt, quod tamen non ita intelligendum eſt, ut ſcilicet actori in loco electo rem, quam voluerit eligere, ſed potius ut ſtipulator, qui loci habet ſtipulationem ex neceſſitate, etiam rem eligere poſſit? nam hoc ipſo quod locum elegerit; rem etiam eo loco dari promiſſam neceſſario eligere intelligitur, nec poteſt in eo quem elegerit loco rem alio loco dari promiſſam exigere, occurrit tamen; quod licet loci electio ſtipulatori competat, rei eligendæ facultas ad promiſſorem ſpectare videtur, ita ut poſſit ubi convenitur quam voluerit ex rebus in obligationem deductis præſtare; ſed acutè conſiderat Ulpianus non aliter utilem eſſe poſſe ſtipulationem ſub mixta locorum & rerum alternatione contracta, quàm ſi loci & rei electio ad creditorem transferatur, quippe nec aliter creditor loci electionem poteſt habere, quàm ſi rem ſimul eligat; alioquin debitor uno loco conventus rem alio loco dari promiſſam ſemper eligeret; ad cujus ſolutionem in loco quem creditor elegiſſet, compelli non poſſet; ne ergo inutilis ſit ſtipulatio, ſi optio debitori reſervetur, tam rei, quàm loci electio ad creditorem transferatur oportet; illud adhuc difficile eſt quod ipſe Conſultus *in d. l. 2. §. 2. hoc tit.* contrarium expreſsè decidit aſſerens in præſenti hypotheſi ſtipulationem altero loco detracto experiri non debere, ne reo loci utilitatem auferat; in qua re omiſſo Anton: Fabro præfero ſententiam Duareni in paraphraſi ad noſtrum textum *cap. 3.* qui textum *in d. §. 2.* non de directa, ſed de arbitraria actione intelligendum cenſet quâ non aliter cenſet, ut recte non aliter ſtipulator experitur, quam utriuſque loci facta mentione, ne loci utilitatem reo auferat, quam tunc ſolum poteſt adimere cum in loco, quem elegerit, directa actione debitorem conveniat, obſervandum tamen eſt ita demùm ſtipulatorem ex ſtipulatione ſub ſimplici locorum, aut mixta locorum & rerum concepta directam, vel

Digitized by Google

arbitrariam actionem poſſe eum effectu exe reere, ſi id tempus ſit elapſum, intra quod ad utrumque locum debitor pervenire potuerit, nec ſufficere, quod in uno ex locis debitor, reperiatur, niſi id temporis ſpatium prætererierit, intra quod ad alterum debuerit accedere, ut advertit Accurſius, quem immetito Faber reprehendit, quia ut ſtipulator directa actione experiatur, eligere locum debet, cujus electioni locus eſſe non poteſt, niſi poſſit alteruter locus eligi, ut ſuadent ad rem textus *in l. Titio* 21. *de uſufr.* 34. *in princip. & §.* 1. *& l.* 26. *in princip. l. cum* 25. *in princip.* juncto Cujacio 18. *qq. Papin. quando dies legat.* ſed non prius poteſt alteruter locus eligi, quam tranſacto tempore, intra quod debiror ad utrumque pervenire debuerit: ergo nec ante poteſt debiror directam actionem exercere, ac proinde nec arbitrariam, quæ ad inſtar directæ ante taciti temporis tranſcurſum in judicium non recte deducitur, ut probat generalitas textus *in d. l.* 2. *hoc tit.* junctis quæ pro ejus explicatione *cap. anteced.* diximus.

13 Hæc de locis diſpoſitioni disjunctim appoſitis recte dicuntur, ſin autem conjunctim duo, pluresve loci diſpoſitioni fuerint adjecti, in ſingulis partem petere creditor debet, veluti ſi ſtipulatio ita fuerit concepta, *Epheſi & Capue decem dabis*, actum id intelligitur, ut partem Epheſi, & partem Capuæ petat ſtipulator, docet Ulpianus *in d. l.* 2. *§. ſi quis hoc tit.* id eſt ſtipulator integram ſummam in ſtipulatione deductam altero ex locis conjunctim adjectis non recte petit, ſed in utroque loco directa actione debet experiri, ita ut partem ſingulis locis petat, in quo plurimùm differt hujuſmodi ſtipulatio ab ea, quæ ſub locorum alternatione contrahitur, ſicuti & in eo quod licet ex ſtipulatione, cui duo loci disjunctim fuerunt appoſiti, non prius directam, aut arbitrariam actionem poſſit ſtipulator exercere, quàm ſi id tempus tranſierit quoad utrumque debitor locum pervenire potuerit, ex ſtipulatione autem cui duo loci conjunctim apponontur; ſtatim ac ad unum ex locis debitor perveniret, quamvis nondum ad alterum pervenire debuerit, partis nomine directa actione jure convenitur, & extra locos ſolutioni conjunctim adſcriptos rectè per arbitrariam actionem urgetur ad partis ſolutionem, quoniam disjunctio unum tantùm locum ſtatuit, quem creditor eligere poteſt; Conjunctio enim utrumque locum deſignat tam ad promiſſoris, quàm ad ſtipulantis utilitatem, argum. text. *in l. cum qui* 56. *in princip. l. ſi Titio* 110. *de verb. obligat.* & quemadmodum ſumma pluribus perſonis adſcripta pro numero perſonarum diviſa intelligitur, *l.* 50. *de condit. & demonſtr. l. reos* 11. *§.* 1. *de duobus reis.* ſic & ſumma pluribus locis conjunctim dari promiſſa pro numero locorum diviſa debet intelligi, ut Donell. & Anton. Faber *in d. l.* 2. *§.* 1.

15 Per directam autem actionem, quæ in loco ſolutioni deſtinato exercetur, rem ſolum in diſpoſitionem deductam, nec amplius quid creditor conſequitur, *l. quod ii* 4. *hoc tit.* cum nec debitori, nec creditori loci utilitas adimatur, ſi utrique conſervetur quod eſt in cauſa, ut nec liceat judici qualitatem in obligatione contentam excedere, vel minuere; cujus regulæ duplicem, ut vulgo creditur, limitationem ſubjicit Conſultus *in d. l.* 4. prima eſt niſi quid ſtipulatus creditor ſit, veluti penam, fructus, uſuras, aut intereſſe, quo caſu præter ſummam principalem, penam etiam fructus, uſuras, aut intereſſe creditor nanciſcitur; hic tamen caſus, ſi propriè loquamur, regulæ limitatio non eſt; nec enim creditor quidquam conſequitur, quod in ſtipulationem deductum non ſit ſecundus caſus, qui etiam propriè acceptus regulæ limitationem non continet, ille eſt, ſi temporis utilitas interveniat, veluti *ſi quis Epheſi, aut Capua Calend. januar. decem dari ſit ſtipulatus.* qui non ſolum ſortem principalem, ſed & quod ſua intereſt ſua die pecuniam ſolutam eſſe per directam in condicto loco inſtitutam conſequitur; ſed cum in ſtricti juris actionibus nullùm principalis ſortis poſſit incrementum admitti, ſive propter fructus, aut alias acceſſiones, quæ ſolùm ex tempore litis conteſtatæ debentur, *l. cum fundus* 31. *in princip. de reb. credit. l.* 2. *l. videamus* 38. *§. ſi actionem* 7. *de uſur.* ſive propter uſuras, quæ nec ex die litis conteſtatæ debentur in meliori ſententia, quæ probatur ex text. *in l.* 1. *Cod. de condit. indeb.* ab Anton. Fabro *de erroribus pragmat. decad.* 1. *error.* 2. difficile profecto eſt, quod in actione ex ſtipulatu, quæ ſtricti juris eſt, dum deſtinato loco exercetur, temporis utilitas attendatur; quâ difficultate convictus Cujacius *tract.* 3. *ad Afric in l.* 8. *hoc tit.* ex adjectione temporis non minus quam loci arbitrariam actionem oriri defendit; in quæ pro contraria & communi interpretum ſententia ſolidæ juris militant rationes, quas prolixè dicit Anton. Faber. *in rat. ad text. in d. l.* 14. *&* 5. *conject. cap.* 3. & breviter indicabo arbitrariam actionem comparavit Prætor, ut creditori alio loco agendi facultas competeret, ita tamen ut in ea condicti loci fiat commemorat, & tàm rei, quàm actoris utilitatis ratio habeatur *l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* Sed ut ex diſpoſitione, cui certus adſcribitur dies, poſt eum elapſum agere cum effectu creditor poſſit, prætoria actione non indiget, ſed civilem habet, quam tranſacto demum tempore poteſt exercere, nulla ante acti temporis facta mentione, quam etſi non fecerit, rectè agit, cum nullum temporis compendium adimat debitori, cujus utilitatis aliquam haberi rationem, & cui propriam fruſtrationem prodeſſe foret iniquum, ergo ex diſpoſitione cum adjectione loci temporis conceptâ arbitraria actio competere non poteſt. Accedit, quod ſi verus eſſet Cujacius, diſpoſitio cui certus dies fuiſſet appoſitus, inſpecto exitu executionis, nunquam directam, ſed arbitrariam ſemper actionem produceret; ante diem etenim venientem directa actio in judicium non rectè deducitur, poſt eum autem tranſactum arbitraria competeret, quod omnino eſſet abſurdum, cum ex diſpoſitione ſic concepta ut nunquam ex ejus cauſa directa actio cum defectu poſſit inſtitui, arbitrariam competere non poſſe nuper diximus: ergo non ſicuti loci, ſic & temporis adjectio arbitrariam poteſt actionem inducere.

Nec Cujacio favet textus *in d. l.* 4. *hoc tit.* 16
nam licet in actione ex ſtipulatu, cæteriſque ſtricti juris judiciis id quod intereſt propter moram commiſſam, non aliter præſtetur, quàm ſi in ſtipulatione deductum fuit *d. l.* 1. *Cod. de cond. indeb. l. Titius* 24. *verſ. reſpondet, de præſcriptis verbis l.* 3. *Cod. de uſur.* id tamen tunc

procedit, cum ſimpliciter pecunia promiſſa eſt ſine temporis adjectione, non verò cum tempus ſolutioni adjectum eſt, quo elapſo mora committitur etiam in ſtricti juris contractibus, id quod intereſt propter moram peti poteſt, text. *in l. ſi Calendis* 11. *de re judicata l.* 77. *l. ſi fundus* 114. *de verb. obligat.* ut rectè diſtinguunt Faber *in d. l.* 4. Donell. *in eod. text. & in l. ſi fil. fam.* 78. §. 1. *de verb. obligat. n. ult.* quia cum dies ſolutioni apponatur non ſolum in gratiam debitoris ad differendam ſolutionem, ſed & creditoris ad pecuniam intra diem accipiendam tacitè inter contrahentes actum intelligitur; quod ſi ſtatuto die pecunia ſoluta non fuerit, ad id, quod intereſt, debitor teneatur, qui ſicuti ante diem conveniri non poteſt, ſic ſi intra illum non ſolverit, ſeverius condemnatur, quàm ſi pure promiſiſſet, quemadmodum & condemnatus, qui intra tempus faciendi judicatum, quod in ejus gratiam ex humanitate indulgetur, *l. cum* 16. §. 1. *de compenſ. l. intra dies* 7. *l.* 29. *de re judicata*, nullas præſtet uſuras *l.* 3. *de uſur.* ſi intra id tempus non ſatisfecerit, durius coercetur; adeo ut centeſimas quoque uſuras præſtare teneatur, *l. ult. Cod. de uſur. rei judic.* facit autem conventionem ſufficere ad hoc ut ex cauſa ſtipulationis id quod intereſt præſtetur, ex eo evidenter colligitur, quod in ſtipulationem ſic contractam, *mihi, aut Titio utrum ego velim decem dare ſpondes*, non alia ratione venit intereſſe, niſi quia Titii adjectio efficit ut tacite conventum cenſeatur, ut ſi Titio non dederit, ad id quod intereſt debitor teneatur *l. ſi liber* 118. §. *ult. de verb. obligat.* Simile aliud exemplum poteſt deſumi ex text. *in l. ſi ita* 135. §. *ea l.* 3. *eod. tit.* ergo cum in ſtipulatione, cui adjicitur certus dies, ſubintelligatur conventio de eo, quod intereſt præſtando, ſi intra præfinitum diem pecunia ſoluta non fuerit ad intereſſe petendum, ſufficit directa actio ex ſtipulatu, licet ſtricti juris ſit, & fruſtra arbitraria deſideratur.

17 Extra hos autem caſus Creditor dum in loco ſolutioni deſtinato directam actionem exercet, id ſolum conſequitur, quod in diſpoſitionem deductum eſt *d. l.* 4. *hoc tit.* Sed dices imò in directam actionem, quæ deſtinato loco inſtituitur præter ſortem principalem etiam id quod intereſt indiſtinctè venire debet, quia diſpoſitio, cui locus adjicitur, tacitè tempus complectitur, quo elapſo debitor in mora conſtituitur, & ad intereſſe condemnari debere videtur; ergo licet tempus expreſsè à contrahentibus non ſit adjectum, non poteſt non temporis utilitas intervenire, quæ ad intereſſe præciſam demonſtrationem expoſcat. Augetur difficultas ex eo quod in obligationibus faciendi, quæ tacitum ſolum tempus complectuntur, ſi intra illud factum non ſit, quia in obligationem deductum eſt, ipſo jure debitor in mora conſtituitur, & ad intereſſe condemnatur, *l. ſtipulationes* 72. §. *ult. l. exiſtimo* 98. §. 1. *de verb. obligat.* ſed diſpoſitio cum deſignatione loci concepta factum etiam continet, & taciti temporis dilationem capit, ut *ex d. l.* 98. §. 6. *de ſolut. præced. cap.* dixi; ergo hoc ipſo quod debitor intra tacitum tempus pecuniam deſtinato loco non explicavit in mora conſtitui, & ad intereſſe debet condemnari, licet tempus diſpoſitioni expreſſe adjectum non ſit; quibus non obſtantibus recta ratione *in d. l.* 4. in directam actionem ita demùm intereſſe venire, ſi temporis utilitas interveniat, quæ quidem non aliter intervenire dici non poteſt, quàm ſi expreſſum tempus diſpoſitioni ſit adjectum; tacitum quippe tempus quod complectitur cum adjectione loci concepta diſpoſitio non eſt dationi, ſed facto, & licet quoad cauſam inducendæ delationis factum dationi prævaleat, ut *ſuperiori cap.* diſputavi, quoad reliquas tamen cauſas dationem facto prævalere certum eſt, expreſſus textus *in l.* 98. §. 6. *de ſolut.* propter mentem contrahentium, qui dationem tanquam præcipuum finem diſpoſitionis ſpectarent; cum ergo facto inſuper habito dationi quæ in diſpoſitionem principaliter deducitur, nec tacitum tempus inſit, nec expreſſum adjectum ſit, debitor nec ipſo jure in mora conſtitui, nec ad intereſſe, ſed ad ſortem ſolum principalem poteſt condemnari, in quo ſane differt diſpoſitio cui locus adjicitur ab obligationibus, quæ in faciendo conſiſtunt, in quibus quia factum ſolum vertitur, cui tacitum tempus ineſt, debitor, qui intra illud, quod facere promiſit, non fecit, ipſo jure ſine ulla interpretatione moroſus exiſtit, & ad id quod intereſt condemnatur, Donell. *in d. l.* 4. *n.* 6. ſic tamen replicabis; ergo licet tempus diſpoſitioni, cui locos adjicitur, expreſſè fuerit appoſitum, non ideo in mora debitorem nec ad intereſſe condemnari inducit, conſequentiam ſic probabis; quæ tacite inſunt, etſi exprimantur, nihil operantur, *l. Cornelius* 69. *de hæred. inſt. l.* 21. *de condit. inſt. l.* 3. *de legat.* 1. *cum vulg.* ſed tacitum tempus quod inhæret diſpoſitioni cum deſignatione loci conceptæ nec in mora debitorem conſtituit, nec ad intereſſe condemnationem inducit; ergo licet expreſſe adjectum fuit, nihilo magis in mora debitorem conſtituit; cui dubio reſpondeo vulgarem illam regulam, ſcilicet illa quæ tacite inſunt, etſi exprimantur, nil operantur, juxta vulgarem & rectam interpretationem ita procedere, ſi eodem modo exprimantur, quo tacitè inſunt, non autem ſi alio modo exprimantur, quo tacite & expreſſe. Textus ſic intelligendus *in l.* 3. §. 1. *quib. mod. uſusfr. amitt. l. ſi* 61. §. *ult. de evict. l.* 3. §. *ſi fil.* 2. *de lib. & poſth. l. ſi quis* 68. *de hæred. inſt. l. ſi ita* 65. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 51. *l.* 69. *de condit. & demonſt. cum alus* hoc ipſum contingit, tacitum etenim tempus in diſpoſitione, cui locus adjicitor; quia non inhæret dationi, ſed facto, nequit in mora debitorem conſtituere; expreſſum autem tempus quia tam dationi ponitur, quam facto, debitorem in mora conſtituit, & ad id, quod condemnationem inducit.

Quæ de directa actione deſtinato loco exer- 18
cenda huc uſque diximus, ita obtinent, ſi ibi debitor inveniatur, cæterum ſi ab eo loco ſit abſens, neceſſum eſt creditori ad utilem actionem arbitrariam recurrere, per quam extra eum locum ad ſuum poſſit pervenire, in quo plurimum à debitore creditor diſtat; nam quamvis ſit liberum creditori extra deſignatum locum utili arbitraria actione debitorem convenire, non tamen licet debitori alio loco, quàm in quo promiſit, renuenti creditori ſolvere, *l.* 9. *hoc tit. l.* 32. *de uſur. l. fidejuſſor.* 16. § 1. *de fidejuſſor. l.* 39. *de ſolut. l.* 9. *Cod. eod.* nec quod non debeat actori licere, quod reo non permit-

titur, *l. 41. l. 125. de Reg. jur.* ad rem facit mora, quippe juris neceſſitas inter debitorem & creditorem ſuperius diſcrimen induxit, creditori alio loco agere per arbitrariam permittitur, ne creditor diſpendium experiatur, debitore fortaſſis ad deſignatum nunquam accedente; ceſſat autem hujuſmodi periculum ex parte debitoris, cui ideo licere non debet alio loco ſolvere in necem & præjudicium creditoris, in quo longe diſſimilis cauſa ejus, qui in diem certum debet, qui etiam reluctanti creditori poteſt ante diem ſolvere, *l. 50. de obligat. & actionib. l. 38. §. 6. de verb. obligat. l. quod 70. de ſolut.* Donell. *ad leg. 45. §. 4. de verb. obligat. ex num. 47.* Oſſuald. *ad Donellum lib. 16. comment. cap. 11. litt.* C. Gomez *tom. 2. var. cap. 11. n. 22.* quamvis contrarium ſine ratione defendant Cujacius *ad dict. leg. 38. §. 10. de verb. obligat. & lib. 23. obſerv. cap. 23.* Marcus *lib. 1. ſing. opin. cap. 4.* Larrea 1. *tom. deciſionum Granat. diſpoſit. 10. n. 17. à n. 15. & 16. per totas*, niſi dies in gratiam creditoris adjectus ſit, *l. 43. §. 2. de legat. 2. l. 15. de ann. legat. l. 3. §. cum Polidius de uſur.* is autem qui certo loco ſolvere promiſit, alio loco ſolvere renuenti creditori non poteſt, quia locus ſæpe adjicitur in gratiam creditoris, cui eam utilitatem debitorem adimere non oportet, ſolum itaque deſignato loco facta ſolutio poteſt liberationem parere, quo pertinet textus *in l. 100. de ſolut.* ubi quæritur an tutoribus vel curatoribus Provincialibus Romæ pecunia ſolvi poſſit, quam eâ lege in Provincia funeraruut ut Romæ ſolveretur. Ratio dubitandi in eo erat, quod Provincialis dumtaxat adminiſtratio ipſis promiſſa erat: Reſpondet tamen Paulus pecuniam Romæ Provincialibus rectè ſolvi, quia cum contractus à Provincia dimanaret, locus ſolutioni deſtinatus Provincialibus tutoribus tollere adminiſtrationem non potuit, ut docet Cujac. *lib. 10. reſp. Pauli in eo textn.*

19 Sed huic doctrinæ deſumtæ *ex l. 9. hoc tit. cum ſimilib.* ſolent nonnulli textus opponi, quorum ſingulos ſigillatim juvat expendere. Opponitur 1. textus *in l. 2. §. Scævola 3. hoc tit.* ubi in ſtipulatione ſub locorum alternatione concepta dicitur debitorem ante litem conteſtatam eligere poſſe ubi ſolvat: ergo qui certo loco ſolvere promiſit, quocumque loco rectè ſolvit; facile tamen reſpondetur cum Donello & Fabro *in d. l. 9.* eum, qui ſub locorum alternatione promiſit eligere quidem poſſe ubi ſolvat, ita tamen ut ex locis disjunctim adſcriptis unum eligat, in quo perinde poteſt ſolvere, ac ſi ſolus diſpoſitioni fuiſſet adſcriptus; non autem ut alium locum poſſit eligere, in quo ſolvendi facultatem non habet. Objicitur etiam textus *in l. 137. §. cum 2. verſ. quia. de verb. obligat.* ubi poſtquam dixerat Venuleius eum, qui Romæ exiſtens 100 Epheſi dare promiſit, tranſacto tempore judicis arbitrio præſtituro, licet Romæ permanſerit, verè ad ſolutiooem urgeri, eam rationem aſſignat, nam etiam quod in diem debetur poteſt ante diem ſolvi, quamvis ante peti non poſſit; ergo qui certo loco dare promiſit etiam reluctanti creditori ubique ſolvendi habet liberam facultatem. Cui difficultati ut reſpondeat Faber. *in ration. ad text. in l. 9. hoc tit.* & aliis pluribus in locis mnltum intereſſe putat, an tempus, intra quod ad deſignatm locum debitor pervenire debuerit, elapſum ſit necne? ita ut ante hujuſmodi tempus tranſactum, ſit liberum debitori etiam extra deſignatum locum ſolvere creditori, & in noſtris accipi debeat Conſultus *in d. l. 137. §. 2.* poſtea vero alio loco, quàm in quo ſolvere promiſit, debitor ſolvere creditori non poſſit, cujus differentiæ rationem ex eo deſumit, quod diſpoſitio, cui locus adjicitur tacitè tempus complectitur, & antequàm tacitum tempus præterierit, tota in diem certum concepta eſt, ante cujus adventum eſt liberum debitori ubique perſolvere, poſt taciti autem temporis tranſcurſum non in diem, ſed in certum duntaxat locum concepta reperitur, extra quem ſolvere debitori non liceat, ne contra conventionem loci utilitatem adimat creditori. Hæc tamen Anton. Fabri ſententia ex eo evidenter convincitur, quod cum diſpoſitio cum adjectione loci concepta propter locum, tacitum tempus contineat, etiam ante illud elapſum non tanquam in diem ſimpliciter & ſine loci adjectione concepta debet conſiderari, imò in diem ſimul & locum, ſeu ut propriùs loquar, principaliter in certum locum, & ſecundariò in diem propter locum. Ergo adhuc ante taciti temporis tranſcurſum loci utilitatem creditori adimere debitor non poterit, quam profecto adimeret, ſi ubique ſolvendi liberum arbitrium haberet. Deindè etſi nova Fabri opinio vera eſſet, textus *in d. l. 137. §. 2.* adaptari non poſſet, quod ſic expendo, cui Venuleius, eum, qui certo loco ſolvere promiſit, tranſacto tempore, quo illuc accedere debuerit, licet ubi contraxit remanſerit, conveniri tamen poſſet per arbitrariam actionem, cujus æquitatem variis rationibus confirmat, inter quas illam denique affert, quia ubique poteſt ſolvere. Ergo ex ipſo contextu liquet Conſultum aſſerere non ante, ſed poſt tacitum tempus elapſum debitorem poſſe ubique ſolvere; quare omiſſis etiam ſolutionibus, quas refert & ſequitur D. Gonzal. *in comment. ad text. in cap. 17. de foro compet. n. 10.* verius reſpondeo Conſultum *in d. l. 9. hoc tit. §. 2.* eum caſum exagitare, quo creditor eſt paratus alio loco pecuniam accipere; proponit namque ſtipulatorem pecuniam alio loco per arbitrariam actionem exigentem, cui dum debitor ſolvit, volenti utique, & ultro petenti ſolvit; volenti autem & conſentienti creditori debitorem alio loco pecuniam ſolvere nil prohibet.

Ad hanc etiam juris partem pertinet textus *in* 20
l. qui Romæ 122. in princip. de verb. obligat. ubi mutua pecunia eâ lege Romæ data fuit, ut in Provincia redderetur, ſive poſt tres menſes, ita ut unâ ſolutione pecunia redderetur, prout contendit Anton. Faber *lib. 19. conject. cap. 1. & de errorib. pragmat. decad. 91. error. 1.* ſive per tres menſes, ut legitur *in pandectis Florentinis*, ita ut ſumma tribus penſionibus redderetur, ut interpretatur Cujacius *ad pandect.* ſeu ita ut per trium menſium ſpatium ſolvi poſſet, ut eadem lectione retenta cenſet Donellus in eo text. quod quia parum, aut nihil ad rem conducit, non curo; qui mutuam pecuniam dedit, aliquid uſurarum nomine fuerat ſtipulatus, debitor poſt paucos dies pecuniam Romæ obtulerat creditori detractâ ſummâ, quam uſurarum nomine prærogarat, ſeu in anteceſſum dederat, quæritur an creditor pecuniam, quam accipere recuſavit, ſua die petere poſſit eo loco, in quo ſolvenda promiſſa eſt? Reſpondet Scævola ſtipulatorem integram

Digitized by Google

integram pecuniam ſua die, ubi ſolvendam eſt ſtipulatus petere poſſe. Dubitant Interpretes, cur oblatio, quæ uſurarum curſum ſiſtere conſuevit, *l. ſi per te non extat 9. Cod. de uſur.* in allata hypotheſi, inutilis prorsùs fuerit & inefficax? Anton. Faber. *in d. lib. 1. conject. cap. 1.* inutilem fuiſſe obligationem docet, non quia extra locum deſtinatum facta fuit, quippè cum poſt paucos dies fuiſſet expedita, & ſic ante elapſum tempus, quo debitor debuit ad deſignatum accedere; in ejus ſententia quam nuper impugnavimus, congruo loco facta reperiretur, ſed quia debitor non integram ſortem obtulerat, detraxerat enim, quod uſurarum nomine prærogaverat; quæ quidem Fabri conjectura præterquàm quod ex ipſo textu rejicitur, in quo integram ſummam in ſtipulationem deductam debitorem obtuliſſe proponitur, implicatoria eſt. Nam debitor licet ſummam detraxerit, quam in anteceſſum dederat, integram tamen debitam pecuniam obtuliſſe dicendus eſt, cum ſummam in anteceſſum datam, ſeu prærogatam dici debere non poſſit Cujac. *ad pandect. in d. l. 122.* noviter aliam eſſe Scævolæ mentem contendit; exiſtimat enim Scævolam in ea fuiſſe ſententia, quod licet oblatio inutilis ſit ad uſurarum curſum ſiſtendum, utilem tamen temporis renunciationem includit ad hoc ut debitor, qui ante primæ penſionis adventum integram pecuniam obtulerat primo menſe tranſacto, quo *ex l. contractas* primam penſionem ſolvere debuit, poſſit in loco ſolutioni deſtinato ad integram pecuniam perſolvendam compelli, quia per præmaturam obligationem tempori in ſui gratiam adjecto renunciaſſe creditur; verum hæc doctiſſimi alioquin interpretis ſententia ex eo ferenda non eſt, quod debitor per præmaturam oblationem temporis quidem beneficio voluit renunciare, ſed ita demùm ſi creditor pecuniam vellet accipere, non ſi eam accipere recuſaſſet, prout in præſenti: ergo adhuc poſt oblationem tribus duntaxat penſionibus pecuniam ſolvere cogendus eſt; Rursùs ſi ex præmatura oblatione tacita temporis renunciatio deſumeretur, etiam ante adventum primæ penſionis ſtatim integram pecuniam ſolvere debitor cogeretur; ergo cum ſtipulatorem ſua die integram pecuniam ubi ſolvendam ſtipulatus eſt, petere poſſe Scævola reſpondeat, ſenſit debitorem temporis beneficio non intelligi renunciaſſe, & ſolùm ad pecuniam tribus penſionibus explicandam *ex l. contractus* compelli debere.

21 Melius Antiquiores, quos ſequuntur Donell. & Duaren. *in d. l. 122.* deciſivam hujus textus rationem ex præjactis principiis depromunt aſſerentes ideo inutilem, & inefficacem prorſus fuiſſe oblationem, nec uſurarum curſum impedire potuiſſe, quia etſi congruo tempore facta fuerit à debitore, qui trium menſium ſpatio in ſui gratiam principaliter adjecto potuit renunciare. quamvis in conſequentiam & gratiam creditoris tempus appoſitum ſit propter commodum uſurarum, quod in jure non attenditur cum initium ſolum & cauſam contractus ſpectare debeamus, non id quod venit in conſequentiam, *l. 8. in princip. mandat. l. 1. de autorit tut.* importuno tamen loco facta oblatio inutilis eſt, cum nec obſignatio, quæ longe majoris eſt poteſtatis aliter efficax ſit, quam ſi congruo & oportuno loco fuerit expedita, *l. 9. Cod. de ſolut.* hac itaque ratione motus Scævola reſpondet, ſtipulatorem ſua die in loco ſolutioni deſtinato integram pecuniam petere poſſe, nec tamen ideo ſentit creditorem ſolum in loco ſolutioni deſtinato poſſe eo nomine adverſùs promiſſorem experiri, ſed docet directam actionem eo duntaxat loco exercere, non autem negat extra eum poſſe per arbitrariam actionem ad ſuum creditum pervenire, quod ideò animadverto, quia D. Damora *in ſæpe laudata relectione ad textum in d. l. 8. hoc tit. q. 1. n. 18.* aſſerere audet, Scævolam *in d. l. 122.* in ea fuiſſe ſententia; ut ſtipulator directam ſolam actionem poſſit exercere, arbitrariam autem in debitorem nequeat, quia hoc ipſo, quod pecuniam Romæ oblatam à debitore accipere recuſavit, deſtinato loco ſolùm eam accipere velle ſatis declaravit, & cum per ipſum ſteterit, quominùs ad ſuum ante pervenerit, tota deficit æquitatis ratio, quâ nixus Prætor arbitrariam actionem introduxit, quæ extendit eò, nè alioqui ex arbitrio penderet agendi facultas; advertere tamen debuit vir doctiſſimus abſurdum eſſe creditorem ex eo, quod ſuo jure uſus pecuniam oportuno in loco oblatam accipere recuſavit, arbitrariæ actionis exercendæ facultatem amittere, & debitorem ex eo quod contra conventionem pecuniam obtulerit, hinc conſequi ut ejus ex arbitrio tota obligationis executio penderet, quod procul dubio conſequeretur ſi arbitraria actione ceſſante, directa duntaxat actio creditori competeret. Nec obſtat quod ſua die ſtipulatorem poſſe integram pecuniam ubi ſtipulatus eſt, petere Scævola docuerit; nam poſtquam quod verbum *petere* non neceſſitatem directæ actionis exercendæ, ſed arbitrium potiùs & facultatem importat, dici etiam poteſt, ſtipulatorem integram pecuniam in ſtipulationem deductam ſolùm per directam actionem deſtinato loco inſtitutam petere poſſe, extra eum autem per arbitrariam actionem non integram pecuniam petere, ſed quod intereſſe judex exiſtimaverit, cujus officio augetur, vel minuitur condemnatio, & cujus arbitrio tota æſtimationis ratio committitur, *d. l. 2. §. ult. l. 8 hoc tit.*

Spectat etiam ad eamdem partem textus *in l. uſuras 8. Cod. de ſolut.* cujus duplex circumfertur lectio. Prima & vulgatis, quæ habet, quod *exempli ratio non ſinit uſuras, quæ quotannis in urbe ſunt numeranda, permittere alio loco dependi,* ſuſtinenda non eſt, utpotè quæ falſam ſententiam continet; id enim, quod certo loco dari promiſſum eſt, alio loco ſolvi non inutiliter permittitur, expreſſus textos *in l. eum qui 5. in princip. de conſtit. pecun.* quamvis ferè tam moderni, quàm veteres agnoſcunt., ſic habet *uſuras, quæ quotannis in urbe ſunt numeranda, permittere alio loco dependi, niſi ex juſta cauſa exempli ratio minime ſinit.* Quæ verba regulam ſimul & limitationem claudunt. Regula eſt ea, quam hactenus explicuimus ſcilicet quod id quod certo loco non niſi conſentiente creditore ſolvi poteſt; limitatio hæc eſt, niſi juſta cauſa intercedat, quâ adſtante debitor alio loco etiam diſſentienti creditori jure ſolvit; cujus limitationis ſequentia ſunt exempla. Primùm, ſi forſan locus ſolus in gratiam debitoris fuerit adſcriptus, prout fieri poſſe conſtat *ex l. 2. in princip. hoc tit. l. unic. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit.* Tunc liberè poteſt venditor loci utilitati renunciare ex vulgati regula textus *l. 41. de minor.* & 21

alio loco ſolutionem expedire exemplo ejus, qui in diem certum debet, cui liberum eſſe temporis beneficio renunciare, & ante diem etiam reluctanti creditori ſolvere diximus *n.* 18. Secundùm, ſi locus ſolutioni eſt deſtinatus, aut fatali, ſimplici, & velut ſua morte, aut violentia fuerit interemtus, ut de Carthagine ſcribit Modeſtinus *in l. ſi uſuſfr.* 21. quibus modis uſusfructus amittatur, & ex aliis urbibus eruditè teſtantur Petrus Faber *lib.* 5. *cap.* 8. & 9. & pluribus relatis Ramos *in extemporali diſſertatione ad text. in l. ſi uſufr.* 8. *de uſufr. legat. ex n.* 17. *uſque ad* 25 tertium, ſi creditoris conſtituto loco pecuniam accipere nil intereſſe conſtiterit, tunc debitor alio loco rectè ſolvit; nec audiendus eſt creditor, ſi pecuniam accipere recuſet, cum id ſolum intendat, ut moleſtiam exhibeat debitori, nec malè textus indulgeri jura permittant, *l.* 38. *de rei vindicatione.* Quartum denique, ſi debitor alio loco id, quod intereſt creditoris deſtinato loco ſolvi unà cum ſorte principali afferat creditori, qui nullam juſtam cauſam poteſt habere recuſandi pecuniam oblatam accipere, ex æquitatis ratione, quæ ſicut creditori alio loco agendi facultatem permittit, ita tamen ut id ſolum conſequatur, quod judex intereſſe exiſtimaverit, ne plus loco petere videatur, ſic & debitori alio loco ſolvendi poteſtatem concedit, dummodo intereſſe ſimul cum ſorte afferat creditori, ne minus loco ſolvere, aut loci utilitatem auferre videatur, nec ideo injuriam creditor experitur, qui docere cogitur, quanti ſua interſit deſtinato loco pecuniam ſolvi, non ſine difficultate & incommodo, *l. ult. de Prætor. ſtipulationib.* nam præter quàm quod ſibi debet imputare, quod in caſu deſtinato loco non factæ ſolutionis certam ſummam in ſtipulationem deduxerit juxta conſilium textus *in d. l. ult.* & *§. ult. de verb. obligat.* idem etiam incommodum ſentiret, ſi reo nunquam conſtituto loco ſolvente, aut ad eum accedente, arbitrariam actionem intenderet, per quam id ſolùm conſequeretur, quod deſtinato loco pecuniam ſolvi ſua intereſſe oſtendiſſet; cauſari ergo non poteſt ſe incommodum probationis ſentire ob oblationem ejus, quod intereſt unà cum ſorte principali alio loco factam à debitore, ut eo nunquam ſolvente idem probationis onus ſubire teneatur, Donell. & Anton. Faber. *in d. l.* 9. *hoc tit.* Duaren. *in d. l.* 122. *de verb. obligat.*

23 Volenti autem & conſentienti creditori alio loco rectè debitorem ſolvere, licèt intereſſe non offerat, dubium non eſt, juxta textum quem ſic *n.* 19. accipiendum diximus *in d. l.* 37. *§.* 2. *de verb. obligat.* argumento textus *in l.* 2. *§.* 2. *de reb. l. manifeſti* 17. *Cod. de ſolut.* ex quo principio explicandus textus difficillimus *in l.* 2. *§. idem* 7. *hoc tit.* ubi cum quis ſibi, aut Titio dari Epheſi ſtipulatus fuiſſet, & pecunia Titio adjecta alio loco ſoluta fuiſſet, quærebatur an debitori liberatio contigiſſet, & refert Ulpianus, Julianum ſcribere liberationem non contigiſſe, atque ideo peti poſſe quod intereſt, quam ſententiam probaturus Marcelli prius opinionem proponit, qui Julianum notando partim explicat, partim reprehendit; quod dixerat Julianus liberationem non contigiſſe, verum quidem eſſe fatetur, ubi alio loco adjecto ſolutum fuit, aliud procedere dicens, ſi alio loco ſtipulatori ſolvatur, quamvis pecuniam accipere non cogatur; quod autem Julianus addiderat non integram ſummam, ſed id ſolum, quod intereſt peti poſſe, tanquàm in conſequentiæ vitio laborans, Marcellus reprehendit, quia hoc ipſo, quod liberatio non contigerit, neceſſario dicendum eſt integræ ſummæ petitionem ſupereſſe, quemadmodum qui alio loco inſulam ædificaſſet, quam ubi ædificare promiſerat, in nihilum liberaretur, ac Marcelli reprehenſione neglectâ, Juliani ſententiam Ulpianus amplectitur, concludens ſummæ ſolutionem diſtare à fabrica inſulæ, & ideo quod intereſt ſolum petendum. Legitur juxta Juliani & Ulpiani mentem, quamvis ſolutio alio loco conſentienti creditori facta liberationem pariat; adjectio tamen ſine conſenſu creditoris alio loco facta liberationem parere non poteſt, quia jus ipſum obligationis totum reſidet in perſona ſtipulantis; nec ullo modo adjecto commune eſt, *l.* 33. *de pignor. l.* 23. *de fidejuſſor. l.* 10. *de novat. l. quod ſtipulatus* 10. *de ſolut. cum aliis*, communis ſolum eſt adjectio ſolutionis accipiendi facultas, cui dum ſolvitur, ipſi creditori ſolvi videtur, *l. ſi* 39. *de ſolut.* dùmmodo ſecundum legem contractus ſolutio ſit facta, *l. ſtipulatus* 9. *in princip. l. cum quis* 38. *eod.* quapropter creditor loci utilitatem ſibi quæſitam jure remittit, dum alio loco pecuniam accipit; adjectio autem, ſicuti creditoris conditionem deteriorem reddere, aut aliquid obligationi detrahere non poteſt ex regula textus *in l. ſolvendo* 39. *de negot. geſt.* ſic nec loci utilitatem creditori poteſt adimere, quam ſine dubio auferet, ſi alio loco pecuniam accipiens ab obligationis nexu debitorem liberet, tradunt Donell. & Anton. Faber. *in d. l.* 2. *§.* 7. ex eo autem, quod debitori adjecto alio loco ſolvendi liberatio non contingat, infertur creditorem, quòd ſua intereſt petere poſſe, quin obſtet ratio, quâ Marcellus adversùs Julianum utebatur; pro cujus ſolutione omiſſis, quæ habet Cujacius 3. *ad Africanum in d. l.* 8. *hoc tit.* Donell. & Faber Bartholum ſecuti docent, id, quod dicitur debitorem alio loco ſolventem non liberari, de plena omnimoda liberatione intelligi debere, ut ſenſus ſit non per omnia liberari, ſed ſolùm quoad ſortem principalem, non quoad intereſſe, quò adhuc creditor petere poteſt: Nec adverſatur exemplum, quod Marcellus affert; nam ut rectè pro Juliano Ulpianus reſpondet inter ſummæ ſolutionem, & inſulæ fabricam multum intereſt, utporè inſulam qui alio loco ædificat, quàm ubi ædificare promiſerit, in nihilum liberatur, tanquàm qui nihil fecit ejus, quod promiſit, quia cum ædificia ſoli conditionem ſequantur, factum ſubſtantialiter variatur ob locorum diverſitatem, nec facto pro facto ſoluto ulla ex parte liberatio poteſt debitori contingere, *l.* 98. *§. mihi* 6. *de ſolut.* at qui alio loco ſolvit adjecto, quàm ubi ſolvere promiſit, ſummam quidem debitam ſolvit, cujus præſtatio nequit ſubſtantialiter propter locorum diverſitatem variari, quamvis loci utilitatem non ſolverit, & ſic minus quàm debebat, ſolverit, non per omnia, ſed pro rata ſolutione partis ab obligatione liberatur ex regula textus *in l.* 9. *§. de ſolut.* ſed illud adhuc pro Marcello facere videtur, quod hoc ipſo, quod debitor alio loco adjecto ſolvens quoad ſortem principalem liberetur creditor, id quod ſua intereſt nulla ratione poteſt conſequi, niſi integram adhuc ſummam petere poſſit; loci etenim utilitas, ſeu intereſſe per ſe peti non poteſt, cum ſolùm debeatur officio judicis, qui ar-

bitor liberetur, in ſecundo ſolùm per exceptinbitrariæ actioni adjectus eſt, *d. l. 8. l. ult. hoc tit. argumento text. in l. 49. §. 1. de action. empt. l. 4. Cod. de poſſeſ.* Verum ex mente Bartholi Donellus & Faber reſpondent poſt ſolutionem adjecto alio luco factam, integram ſummam peti poſſe, ita ut creditor ſolum intereſſe conſequatur, propter quod vetus adhuc actio retinetur ad conſequendam rem & rei utilitatem, *l. 126. §. 1. l. Jul. 131. §. de verborum obligat. l. ſi res 20. & l. 27. de ſolut. cum aliis.*

24 Hæc tamen Bartholi ſententia, quæ ſi à Donello, & Fabro fuit explicata, meo judicio textui *in d. l. 2. §. 7.* parum eſt conformis, & vel ex ſupra adductis juribus, quibus ipſi utuntur, & validiſſima ex his deſumpta refelletur ratione; ait Textus liberationem debitori contigiſſe, quod eum ad intereſſe nonniſi inepte referatut, quia cum ſulutum non fuerit, nulla circa ejus liberationem verti poterat quæſtio, ad ſolutam ſortem neceſſario referendum eſt, à cujus obligatione liberatum non fuiſſe debitorem recte dicitur, quia contra formam ſtipulationis, quæ diligenter debet cuſtodiri, alio loco adjecto ſolvit abſque conſenſu creditoris. Rurſus enim quæritur utrum ob partem quæ ſoluta non eſt, adhuc res ipſa peti poſſit? ſequens ſervatur diſtinctio; ſiquidem pars quotidiana ſuluta non fuit, pro parte ſoluta debitor liberatur, & ad partem ſolum non ſolutam conveniri poteſt, *d. l. 9. §. 1. de ſolut.* quia reſpectu partis quotidianæ recipit diviſionem obligatio, *l. 2. §. 1. de verb. obligat.* Valent. *lib. 3. illuſt. tract. 4. cap. 4. n. 39. cum ſeq.* ſi verò pars aliqua integralis rei ſolutæ defuerit ad jus aliquod extrinſecum totam rem reſpiciens, nulla ex parte liberatio debitori contingit, & adhuc res ipſa ſoluta; *d. l. 126. §. 1. de verb. obligat.* cum aliis ſupra adductis docet Valent. *3. tract. 5. cap. 3. n. 35. cum ſeq.* ſed quoties debitor adjecto alio loco ſolvit ſine conſenſu creditoris, intereſſe intrinſecum aut extrinſecum, quod totam quantitatem reſpicit, nondum ſolvit: ergo nulla ex parte liberatur, ac proinde ſtipulator integram adhuc ſummam petere poterit. ſed dices; vera igitur eſt Marcelli opinio, integræa dhuc ſummæ petitionem ſtipulatoris ſupereſſe aſſerentis, & falſa Juliani, & Ulpiani ſententia, quæ docet ſtipulatorem id ſolum quod ſua intereſt petere poſſe. Reſpondeo veram eſſe ipſorum ſententiam, quia dum aſſerunt ſtipulantem id ſolum quod ſua intereſt petere poſſe, non ipſam actionem, ſed executionis effectum intuentur, ut rectè quoad hoc Donell. & Faber. poteſt quidem ſtipulator integram ſummam petere, ſed in effectu id ſulùm quod intereſt petit, quia id ſolum conſequitur, non ſortem principalem, quam non niſi injuſte iterum debitor explicare cogeretur, ſicut & generaliter quoties rei ſolutæ aliqua utilitas deeſt, quamvis creditor rem ipſam petat, deficiente hac utilitatem conſequitur, *l. 3. §. 1. commod. d. l. 126. §. 1. de verb. obligat. cum ſimilib.* falſam tamen Marcelli opinionem eſſe ex eo dignoſcitur. quod dum integræ ſummæ petitionem ſupereſſe affirmabat etiam attento exitu executionis integram ſortem principalem Creditorem exigere poſſe aſſerebat, ut convincit exemplum fabricæ inſulæ, quo præcipuè nitebatur ſic arguens; qui alio in loco inſulam conſtruxerit, quam ubi ædificare promiſit, in nihilum liberatur, & adhuc inſulam in conſtituto loco ædificare tenetur; ergo qui adjecto loco ſolvit, integram adhuc pecuniam deſtinato loco cum effectu ſolvere cogitur, quod argumentum Ulpianus facile deducit, eam differentiæ rationem conſtituens, quam *anter. num.* explicuimus.

Aliquando tamen debitor adjecto loco ſolvens, quàm ubi ſtipulanti ſolvere poſſit, plenam, & omnimodam liberationem conſequitur, *d. l. 98. §. Romæ 6. de ſolut.* ubi cum alius locus in perſonam ſtipulantis, alius in perſonam adjecti ſolutioni fuiſſet adſcriptus, veluti cum quis Romæ, aut Titio Epheſi dari fuiſſet ſtipulatus, quærebatur an debitor adjecto ſolvens loco in ejus perſonam collato ab obligatione liberetur? ratio dubirandi in eo erat, quod cum ſtipulatio cum adjectione loci concepta ex ſententia Juliani factum ad deſtinatum locum accedendi contineat, aliud factum in perſonam ſtipulantis, aliud in perſonam adjecti deſignatum videbatur; decidit autem Procul. dandi cauſam facto prævalere, debitoremque ab obligatione liberari, quod ſic intelligendum eſt, ut debitor non ope exceptionis, ſed ipſo jure liberetur, utpote qui juxta formam ſtipulationis adjecto ſulviſſe proponitur, quod idem procederet, etſi prohibente poſtea creditore ſolutio facta fuiſſet; quia eam conditionem ab initio habuit ſtipulator, quam immutare ipſe non potuit, *l. 12. §. penult. de ſolut.* niſi prius litem eum promiſſore fuiſſet conteſtatus; poſt litis enim conteſtationem adjecto facta ſolutio non parit, *l. 16. in fin. princip. de fidejuſſ. l. ſi quis 57. §. 1. de ſolut.* Progreditur Paulus, & ut ſuam deciſionem confirmet, quaſi per exceſſum ſubjungit, quod etſi alia res in perſunam ſtipulantis, alia in adjecti perſonam fuiſſet deſignata; veluti ſi quis ſibi Stichum, aut Titio Pamphilum dari fuiſſet ſtipulatus, adhuc tamen promiſſor adjecto ſolvens rem in ejus perſonam deſignatam, Pamphilum ſcilicet, ab obligatione liberaretur; non quidem ipſo jure, quia res in adjecti perſonam deſignata non fuit in ubligatione contenta, ſed ob exceptionis auxilium, *l. 44. §. 4. de obligat. & act. l. ult. §. cum mihi 5. de verb. obligat. l. 34. §. 2. de ſolut.* non tamen ex eo negat in principali, quam vexat ſpecie debitorem adjecto loco in ejus perſonam deſignato ſolventem ipſo jure liberari; utpote qui ſortem in obligatione contentam ſecundùm legem ſtipulationis adjecto perſolverit; & tandem in verb. *at ubi merum factum.* Illum caſum exagitat, quo merum factum continet ſtipulatio, & aliud in perſonam ſtipulantis, aliud in adjecti perſonam deſignatur, veluti inſulam in ſuo aut in Titii loco fieri ſtipuletur; & quæſit an ſi debitor in adjecto loco ædificatit, liberetur? Movet dubitationem ex eo, quod factum ſubſtantialiter variatur ob locorum diverſitatem; nemo autem dixerit facto pro facto ſoluto liberationem contingere, *l. inter 31. de ſolut.* Concludit tamen debitorem in adjecto loco inſulam ædificantem liberari, quia non factum pro factò ſolvitur, ſed electio promiſſoris completur, quod non ſic accipi debet, ut ipſo jure liberatio contingat, ſed per exceptionis auxilium, tum quia adverſativa adjectio *at* arguit, quod cum in priori caſu ipſo jure de- 25

nem defenditur, tum quia in priori caſu ipſo jure debitor liberetur, quia rem in obligatione contentam adjecto ſolvit, in ſecundo quia factum non deductum in obligatione adjecto perſolvit, in ipſo jure, ſed ope exceptionis liberatur: ſic docet, quamvis non ſic ſe explicet Cujac. *lib. 5. qq. Paul. in d. l. 98. §. 6. de ſolut.*

26 Supereſt denique quoad hanc partem exponendus percelebris textus *in l. pecuniam 15. de compenſationib.* ubi quod certo loco dari promiſſum eſt etiam extra locum ſolutioni deſignatum cum eo, quod purè, & ſine loci adjectione debetur, compenſari poſſe dicitur, quod ſummè difficile eſt, tum quia ſtipulatio, cui locus adjicitur, ex re ipſa dilationem capit, & in diem concepta cenſetur; id autem quod in diem debetur cum eo, quod purè debetur, compenſari non poteſt, *l. 7. de compenſat.* ſicuti quod certo loco debetur, alio loco diſſentienti creditori ſolvi non poteſt, ſi nec alio loco compenſari poſſe videtur. Priori difficultati reſpondet D. Retes *in manuſcript. repetita prælectione de verb. obligat. tract. 4. n. 49.* quod licet id, quod in diem expreſſa conventione contractui adjectum debetur, poſſit cum eo, cui purè debetur, compenſari, *d. l. 7. de compenſat.* id tamen quod debetur in diem tacitum, qualis eſt, qui fieret ſtipulationi cum adjectione loci conceptæ, rectè cum eo, quod purè debetur compenſatur, ut probat textus *in l. 16. §. 1. eod. tit.* quæ ſolutio notiſſimis juris principiis adverſatur, juxta quæ quilibet dies tacitus dilationem inducens, qualis eſt, quæ ſtipulatio cum adjectione loci concepta complectitur, eamdem habet poteſtatem, quam expreſſus, & æquè compenſationem debet impedire, ut conſtat ex dictis *ſuper. cap. n. 38. cum ſeq.* nec contrarium ſuadet textus *in d. l. 16. §. 1.* qui non loquitur de tacito die, qui dilationem inducit, ſed de tempore, quod judicatis ex humanitatis ratione ad ſolutionem indulgetur, quod compenſationem cum eo, quod purè debetur, non excludit, ut docuit Cujacius *in eo textu lib. 3. qq. Papin.* Rectiùs itaque eſt dicendum cum Paulo Caſtrenſi ejus, quod certo loco dari promiſſum eſt, cum eo quod purè debetur, tunc ſolùm compenſationem admitti, cum tacitus dies prætererierit, & in hac ſuppoſitione capiendus textus *in d. l. 15.*

27 Poſteriori & urgentiori difficultati, & quæ ad rem magis conducit reſpondet Zamora *ad textum in d. l. 8. hoc tit. cap. 1. n. 21.* ideò ejus quod certo loco dari promiſſum eſt, etiam alio loco cum eo, quod purè debetur compenſationem admitti, inſuper habita arbitrariæ actionis poteſtate, quia compenſationem ſtricti juris judiciis neceſſariam habet compenſatio, utpotè quæ ipſo jure debitum minuit, *l. cum alter 11. de compenſat.* & ſicuti in bonæ fidei judiciis extat arbitrariæ actionis neceſſitas, *l. 1. hoc hoc tit.* junctis quæ dixi *præced. cap. num. 21.* Sic & ad indocendam compenſationem arbitraria opus non eſt; verùm hæc ſolutio difficultatem non diluit, quia in ſtricti juris judicio, quale eſt, quod ex ſtipulatione competit, de quo *in d. l. 15.* ante Juſtinianum non ipſo jure, ſed oppoſitâ exceptione doli mali ex reſcripto D. Marci compenſatio inducebatur, *§. in bonæ fidei 30. inſt. de action.* & quamvis oppoſita doli exceptione ſtricti juris judicium bonæ fidei conſtituatur, non quidem quoad primariam contractus naturam, ſed quoad formam cognoſcendi, *l. Seia 42. de mort. cauſa donat. l. 3. eod. de except.* [prout Cujacii ſententia *lib. 3. obſervat. cap. 12. & lib. 12. cap.* 8. quam reprehendunt Faber *14. conject. cap. 18. cum ſeq. & de errorib. pragmat. decad. 45. error. 10.* Pichard. *ad princip. de exceptionib. ex n. 14.* ab his quæ *ad §. 28. de actionib. q. 3. n. 14.* tradiderat dicens, & Bachov. *diſput. 6. de actionib. theſ. 22.*] accipit Retes *de donat. cap. 15. n. 5. cum ſeq.* id ſolùm probat ad inducendam compenſationem, arbitrariam actionem non deſiderari; non ſuprà expenſam difficultatem diſſolvit; cui reſpondendum puto, quod etſi compenſatio vicem ſolutionis obtineat ex eo quod id quod certo loco debetur, alio loco cum eo quod purè debetur compenſetur, nunquam efficitur quod creditor pecuniam certo loco dari promiſſam alio loco accipere cogatur, quod ſic demonſtrat, aut creditor, cui certo loco pecunia debetur, alio loco per arbitrariam experitur, & tunc ſicuti pecuniam ibi ſolutam nonniſi volens accipit, *d. l. 137. §. 2. de verb. obligat.* ſic & pecuniæ quam ipſe habet, compenſationem experitur; aut creditor agit, cui pecunia purè debetur, & conventus debitor pecuniæ ſibi alio loco dari promiſſæ compenſationem objicit, prout proponitur *in d. l. 15.* & tunc actor pecuniam ſibi purè debitam per compenſationem accipere creditur; reus autem pecuniam ſibi certo loco promiſſam, alio quidem loco ſi conſentiens propter oppoſitam rationem, ſeu compenſationem accipere intelligitur; ratio autem ob quam debitor ejus pecuniæ nomine, quam purè debet conventus pecuniæ ſibi ab actore certo loco dari promiſſæ compenſationem poteſt opponere, ex eo pendet, quod compenſatio petitionis vicem ſuſtinet, *l. amplius 15. rem ratam haberi*, & ſicuti pecunia certo loco dari promiſſa alio loco per arbitrariam peti poteſt, ſic & compenſari probat à contrario ſenſu generalis regula textus *in l. 14. de compenſat.* ita tamen ut compenſatio cum ſua inducatur cauſa, ideſt quod habeatur ratio quanti creditoris, aut debitoris interfuerit eo loco, quo convenerit pecuniam dare, quemadmodùm & in arbitraria actione utriuſque utilitatis ratio habetur, *l. 2. in princip. hoc tit.* unde nil intereſſe arbitror, quod in fine *d. l. 15.* legatur ita, *quanti Titii interfuerit*, prout in Florentinis Codicibus, aut ſic, *quanti tua interfuerit* prout in vulgar. utraque enim lectio eumdem ſenſum reddit, quâ creditoris utilitatis ratio habetur. 28

Habemus ex his debitorem, qui certo loco ſolvere promiſit reluctanti creditori, alio loco ſolvere non poſſe. Nunc videamus quo loco arbitrariam actionem de eo, quod certo loco poſſet exercere. Pro cujus quæſtionis reſolutione ſciendum priùs eſt creditorem cui certo loco pecunia debeatur, directam actionem ita deſtinato loco intendere poſſe, ſi ibi debitor inveniatur, ut conſtat ex diſerto textu *in l. 1. hoc tit.* ex quo principio difficilem textum *in l. 47. §. tutores 2. de adminiſtrat. tut.* intelligendum putat Gonzal. *in comment. ad text. cap. 17. de foro compet. n. 15.* proponit Scævola pupillo datos fuiſſe tutores, alios ad rerum Italicarum, alios verò ad Provincialium rerum adminiſtrationem; & cum tutores ad res Italicas dati Romæ Provincialium debitorum inſtrumenta, ſeu Chiro-

grapha reperiſſent, quibus caverant ſe Romæ, vel ubicumque conventi eſſent, pecuniam oblaturos, nec tamen debitores in Italia eſſent, nec eorum prædia, quærebatur an hæc exactio ad Italicarum rerum tutores pertineret? Reſpondet Conſultus exactionem ad eos non pertinere, & deciſivam hujus textus rationem ex eo vir doctiſſimus deſumit, quod qui in certum locum ſolutionem deſtinavit, ſolùm in eo poteſt conveniri, ſi ibi reperiatur; cumque Provinciales debitores, qui Romæ ſe ſoluturos promiſerant, in Italia non reperiuntur, ab Italicarum rerum tutoribus conveniri nullo jure poterunt; quæ quidem interpretatio admittenda non eſt, tum quia in ſpecie Scævolæ principales debitores in certum locum ad ſolutionem non deſtinatunt, ſed generaliter ubicumque conventi fuiſſent, ſe ſoluturos promiſerunt, tum etiam quià etſi debitores in Italia reperirentur, ab Italicarum rerum tutoribus eo nomine conveniri non poſſunt ex regula textus *in l. 4. l. ſi duo 51. de adminiſtrat. tut. d. l. 100. de ſolut.* junctis quæ circa ejus explicationem dixi *n.* 18. quidquid dicat Anton. Faber *in juriſprud. Papin. tit. 13. de tut. princip. 7. illat.* 44. vera igitur ejus textus intelligentia ex ejus ſerie colligitur; Provinciales debitores Romæ, aut ubicumque convenirentur ſe soluturos promiſerant; hanc cautionem ſic accipit Scævola, ut debitores ubicumque reperiantur, vel eorum prædia exiſtant, pignori ſcilicet ex ea cauſa obligata, prout ſubtilitet eum textum Gothofredus interpretatur, poſſint conveniri, & quærit an hæc exactio ad Italicarum rerum tutores pertineat? quibus verbis non quærit an Italici tutores poſſint Romæ Provinciales debitores convenire? ſed ſolùm adverſus eos eo loco, ubi reperti fueriot, poſſint experiri, & utrum propter non exactam pecuniam tutelæ judicio teneantur? Et reſpondet exactionem ad eos non pertinete, quia provincialis contractus eſt; Provincialium autem adminiſtratio non ad Italicos, ſed ad Provinciales tutores ſpectat; ſubdit poſteà Italicorum tutorum officio incumbere de inſtrumentis Romæ repertis Provinciales certiores facere; nec enim ex prætextu quod ad res Italicas tantùm dati ſint ab his, quæ ad Provincialium tutorum curam ſpectant, uſque adeò debent abſtinere, ut non ea omnia in re pupilli ex bona fide præſtent, quæ citra adminiſtrationis incommodum præſtare poſſunt: Sed dices, imò ſi debitores, aut prædia eorum eſſent in Italia, poſſent ab Italicis tutoribus conveniri, alioquin fruſtrà poneret Scævola nec debitores, nec eorum prædia in Italia eſſe; cui objectioni ptimo reſpondeo Scævolam eſſe; de ea facti ſpecie fuiſſe conſultum; in qua re debitores, nec eorum prædia in Italia eſſe ponebantur, idem tamen fuiſſe reſponſurum, etſi debitores in Italia eſſe conſulentes proponerent, cujus rei non levis conjectura in eo eſt, quod textus deſumptus eſt *ex lib. 2. reſponſ.* in quo de jure conſulentibus Scævola reſpondebat, non quæſtiones ipſe exagitabat, ut mediocriter verſati in juriſprudentia non ignorant. Secundò dici poteſt ideò Scævolam nec debitores, nec eorum prædia in Italia eſſe potuiſſe, ut ſignificaret, quod ſi exactio ad Italicos tutores pertineret propter non exactam pecuniam, tutelæ judicio ipſi tenerentur, nec ex eo poſſent excuſari, quod nec debitores, nec eorum prædia eſſent in Italia, cum deberent ubicumpue reperirentur debitores conveniri, & pupilli utilitati conſulere; ſed quia Provincialis eſſet contractus, ad Provinciales, non ad Italicos tutores exactionem pertinere.

29 Sed debitorem etſi deſtinato loco non inveniatur, per directam actionem poſſe conveniri, ſuaderi videtur, quod, ut ſæpè diximus, diſpoſitio, cui locus adjicitur factum ſimul & dationem continet; ita ut is, qui certo loco promittit, promittere intelligatur ad deſtinatum locum ſcilicet accedere, & ibi pecuniam explicare: ergo licet in eo loco non inveniatur, directa actione poterit conveniri, per quam illuc accedere cogitur, cum in veriori ſententia, quam dixerunt contra Anton. Fabrum Valent. *lib. 2. illuſtr. tract. 2. cap. 4. ex n.* 21. non ſolùm in dandi, ſed in faciendi obligationibus ad facti implementum compelli debitor poſſit, *l. 58. l. qui 68. de rei vindicat. l. 11. §. ult. de legat.* 3. confirmatur difficultas ex textu *in l. 6. §. ult. cum trib. ſeq. hæres ad Trebell.* in quibus inſtitutus certo loco hæreditatem reſtituere rogatus, ſi eam ſuſpectam dixerit, per Prætorem fideicommiſſarium illùc pervenire, & reſtitutionem expedire compellitur, niſi juſtè impeditus ad eum locum nequeat proficiſci; tunc enim etiam alio loco cogitur hæreditatem reſtituere: ergo pariter qui certo loco ſolvere promiſit per directam actionem ad eum accedere compellit; huic difficultati, quam nullus ex his quos viderim, excitavit, reſpondeo, quod licet debitor ad facti implementum poſſit compellitur, qui certo loco ſolvere promiſit, ad eum accedere non cogitur *d. l. 1. hoc tit.* tum quia in ſtipulationem cum adjectione loci conceptam, dationem magis quàm factum contrahentes deduxiſſe creduntur, ut dixi *n.* 17. tum quia locus ex ſui natura exactionem, ſeu agendi facultatem circumſcripſit, & repugnaret omninò menti contrahentium, ut debitor alio loco, ſive ad pecuniam ſolvendam, ſive ad iter explicandum directa actione conveniretur: Nec obſtat textus *in d. l. 6. §. ult. cum trib. ſeq.* pro quorum explicatione ſciendum eſt hæredem certo loco hæreditatem reſtituere rogatum, ſi eam ſuſpectam dixerit, ſimilem ei eſſe, qui in diem reſtituere rogatus ſit, ut dicitur *in d. l. 6. §. ult.* in eo ſcilicet, quod ſicuti hæres hæreditatem, quam in diem reſtituere rogatus eſt ſuſpectam dicens ſtatim non expectato die adire cogitur, & reſtituere *l. 1. §. ſed & quoties 9. l. 16. §. cum quidam 7. ad Trebell.* quia hoc ipſo, quod adit compulſus, ne quidem leve interuſurii lucrum debet ſentire, *l. 4. l. quod 14. §. qui 4. l. 27. §. qui ſuſpectam 2. eod.* ſic etiam qui certo loco hæreditatem reſtituere rogatus, & ſic in eum diem, quo illuc poſſit pervenire, ſi eam ſuſpectam dixerit, etiam ante tacitum temporis tranſcurſum adire compellitur, nec ad expediendam reſtitutionem ad locum à teſtatore deſignatum proficiſci cogendus eſt, ſed hæreditatem ubi adit, re, vel verbo poteſt reſtituere abſque ullo fideicommiſſarii præjudicio, cujus nil intereſt deſignato loco hæreditatem reſtitui, cum etſi hæres eo loco reſtituere teneretur, non tamen aliter ad id cogeretur, quàm ſi impendia ad iter explicandum neceſſaria fideicommiſſarius offerret ex regula textus *in l. quod Julianus 11. in princip. eod. tit.*

30 Nec contrarium probant difficiles ſanè textus *in l. ſciendum 7. cum duab. ſeq. ad Trebell.* nam quod

Digitized by Google

dicitur *in d. l. 7.* fideicommiſſarium impendia ad iter faciendum neceſſaria offerre hæredi debere, de eo caſu commode poteſt accipi, quo hæres ad locum à teſtatore deſignatum proficiſci, ibique hæreditatem reſtituere paratus eſt. Rursùs prædicti textus (ut eorum ex littera conſtat) eum caſum continent, quo certo loco hæres adire juſſus eſt, & hæreditatem reſtituere rogatus, qui longe diſtat ab eo, qui proponitur *in d. l. 6. §. ult. eod. tit.* ubi hæres purè inſtitutus hæreditatem certo loco reſtituere rogatus eſt; inter hos autem caſus illud diſcrimen conſidero; hæres purè inſtitutus certo loco hæreditatem reſtituere rogatus, ſi eam ſuſpectam dixerit, ſtatim adire, & reſtituere cogitur, *d. l. 6. §. ult.* nulla habita ratione loci à teſtatore deſignati, qui cum nullam utilitatem afferat fideicommiſſario, ut nuper dixi, quamvis in gratiam hæredis ſit adjectus, omnino inſuper habetur, cum nullum commodum ex hæreditate conſequi hæredem oporteat; at hæres certo loco adire juſſus, & hæreditatem reſtituere rogatus, ſi eam adire recuſaverit, ad locum à teſtatore deſignatum proficiſci compellitur; quia qui certo loco adire eſt juſſus, perinde habetur ac ſi ſub ea conditione fuiſſet inſtitutus, ſi ad eum locum proficiſceretur, ut ex eo apparet, quod alioquin ſi inſtitutio ex die, quæ locum complectitur ſine adjectione confecta intelligeretur, rejecto vitio temporis pura maneat hæreditas, *l. hæreditas 34. de hæred. inſt. §. hæres 9. inſt. eod.* is autem qui ſub poteſtativa conditione vel in dando, vel in faciendo conſiſtenti inſtitutus hæreditatem reſtituere rogatur, ſi eam ſuſpectam dixerit, acceptis à fideicommiſſario impendiis, adimplere conditionem compellitur, quam ſi adhuc adimplere recuſet, ſiquidem dationem, aut factum per alium, quod explicari nequit, contineat, prætor remittit, ut probant textus *in l. 17. d. l. 11. l. ſi cui 31. §. ſi ſub conditione.* Omiſſis quæ tradit Anton. Faber. 6. *conject. cap.* 11. quem impugnat Oſſualdus 7. *comment. Donelli cap. 22. l. 63. §. ſi ſub conditione 7. cum ſeq. & §. 10. ad Trebell.* Sic explicandi cum Goffredo *in d. l. 63. §. ſi ſub conditione* vel aliunde certo loco adire juſſus nunquam ſub poteſtativa conditione inſtitutus, quæ per alium explicari non poteſt, *l. ſi 5. de hæred. inſt. l. ult. de conditionib. inſt.* ad ejus implementum ideo compellitur, quia nec aliter hæreditatem poteſt adire, etſi juſtâ causâ impeditus ob morbum forſan, ejus ætatem, aut abſentiam Reipublicæ causâ inſtitutam adimpleri non poſſit, aut ſi, cum impleri poſſit, noluerit ſtatim à Prætore remiſſa conditione ad adeundam & reſtituendam hæreditatem compellitur, *d. l. 7. cum 2. ſeq. ad Trebell.* ex quibus non probatur eum qui certo loco ſolvere promiſit, ad eam proficiſci poſſe compelli.

31 Quibus animadverſis conſtanter dicendum eſt cum Bachovio *d. 2. part. diſput. 7. de action. arbitr. theſ.* 4. & pluribus quos refert D. Gonzal. in d. cap. de foro compet. n. 8. creditorem non quocumque loco poſſe arbitrariam actionem exercere, ſed in loco domicilii debitoris; quæ ſententia expreſſe probatur *in l. hæres 19. §. ult. de judic. l. 2. & 3. de reb. autorit. judic. poſſid.* & ex eo etiam fulcitur, quod locus diſpoſitioni adjectus laxiorem agendi facultatem tribuere non poteſt, quàm obligatio jure & ſine loci adjectione contracta, ne aliàs loci adjectio ad reſtringendam exactionem adhibita contrarium effectum producat juxta regulam textus *in l. legata 14. de adim. legat.* ſed ex cauſa obligationis purè contractæ in locis ſolùm contractus & domicilii conveniri debitor poteſt, *d. l. 19. §. 1. de judic. l. 2. cod. de juriſdict. omnium judicum.* Ergo ex cauſa obligationis cum adjectione loci contractæ ſolùm in loco ſolutioni deſtinato directa actione, & in loco domicilii arbitraria curſari debitor poterit; ex qua ratione infertur falſum eſſe quod plerique contendunt non ſolùm in domicilii, ſed in loco contractus debitorem poſſe per arbitrariam actionem conveniri; nam ſi poſito jure laxior profecto agendi facultas ex obligatione ſolùm cui locus adjicitur, quàm ex obligatione purè contracta proveniret; reus etenim qui certo loco deberet, triplici loco conveniretur, ſed ubi contraxiſſet, ubi ſolvere deſtinaſſet, & ubi domicilium habuiſſet, cum tamen reus purè & ſine loco & adjectione obligatus duplici dumtaxat loco contractus videlicet, & domicilii conveniatur; Accedit quod cum locus ſolutioni deſtinatus juris cenſura pro loco contractus accipiatur, *l. 20. de judic.* & qui in certum locum ſolutionem deſtinavit non alio prætextu ubi conveniatur, quàm quod ubi contraxiſſe cenſetur, *d. l. 21. de obligat. & action.* abſurdum ſanè eſſet, quod eo loco, in quo non contraxiſſe intelligitur, poſſet ad ſolutionem urgeri. Contrariam ſcilicet, non ſolùm in loco domicilii, ſed & alio quocumque poſſe arbitrariam actionem exerceri, nonnullos Antiquiores ſecutus acriter defendit Anton. Faber *de error. pragmat. dec. 90. err. 7. & 8.* in quam rem affert textus *in d. l. 19. in princip. in l. 43. de judic. l. qui certo loco 27. de condit. indeb. l. ſi duo 16. §. 1. de conſtit. pecun. l. 137. §. 2. de verb. obligat. l. 1. de ann. legat.* & ea ratione utitur, quod alioquin ſi debitor ſolùm in loco domicilii poſſet per arbitrariam conveniri, ſcopum ſuum Prætor non ſequeretur, cum ſi debitor nec ubi ſolvere ſe obligavit, nec ubi domicilium habet, inveniatur, ad ſuum creditor pervenire non poſſit: ergo ne crediti amittendi periculum creditor experiatur, non ſolùm in loco domicilii, ſed & alio loco quocumque poterit actionem arbitrariam inſtituere.

32 Verùm hæc tanti non ſunt, ut nos à communi ſententia recedere cogant; nam quod dicitur *in l. 43. de judiciis, & in d. l. 16. §. 1. de conſtit. pecun.* eum qui certo loco ſolvere promiſit, aut conſtituit quocumque loco, & ubique poſſet conveniri; ſic & rectè accipiunt & noſtræ ſententiæ aſſertores, ut quolibet loco idoneo debitor conveniatur ſolutionis, & domicilii; quo etiam modo intelligendum erit, quod dicitur *in d. l. 27. de cond. indeb.* pro cujus expoſitione videndus Cujacius *lib.* 28. Paul. *ad edictum & in d. l. 1. de ann. legat.* eum qui purè, & ſine loci adjectione obligatur, quocumque loco poſſe conveniri; ſed dices hujuſmodi interpretationem textui *in d. l. 16. §. 1. de conſtit. pecun.* non convenire; nam quod ibi reperitur eum, qui certo loco ſolvere conſtituit, quocumque loco per arbitrariam conveniri, non aliter verum eſſe poteſt, quam ſi duo, pluresvè loci idonei dentur, in quibus arbitrariâ moveatur, cum tamen ſecundùm traditam doctrinam unicus domicilii locus ad arbitrariæ actionis exercitium idoneus conſtituatur; verum reſpondeo arbitrariam actionem ſolùm ubi domicilium debitor habet, exerceri, non tamen ex eo ſequi, quod unico tantum loco poſſit exerceri;

tum quia poteſt quis pluribus in locis ſimul & eodem tempore domicilium conſtituere, *l. Labee 5. l. 6. §. juris 2. ad Municip.* tum etiam quia duplex eſt domicilium, proprium ſcilicet, in quo quis larem, rerumque, ac fortunarum ſummam conſtituit, unde non ſit rursùs diſceſſurus, *l. 7. Cod. de incol.* & commune alterum, ubi Princeps degit, ut fuit Roma, *l. 6. Romæ 11. de excuſat. tut. l. ult. de interd. & relegat. l. Roma 33. ad Municip.* junctis quæ tradit Amaya *in d. l. 7. Cod. de incol. ex n. 78.* in quorum quolibet rectè debitor convenitur, eo tamen ſervato diſcrimine, quod in loco communis domicilii ita convenitur, ſi ibi reperiatur, *l. 2. §. legat. 3. de judic.* unde intelligendum puto textum *in d. l. 137. §. 2. de verb. obligat.* ubi qui Romæ exiſtens ſe Epheſi daturum promiſit, per arbitrariam actionem rectè convenitur, non quia ibi contraxit, juxta dicta *n. præced.* ſed quia Roma commune domicilium eſt, in quo repertus debitor jure convenitur, in loco autem proprii domicilii (ut ſic rationi à Fabro expenſæ reſpondeamus) convenire debitor poteſt, licet inveniatur, *d. l. 2. de bon. aut.* quia licet à loco domicilii abſit, ibi tamen juris cenſura eſſe ſemper intelligitur, *d. l. 5. l. 6. §. 2. & l. 25. §. 1. cum duob. ſeq. ad Municip.* Satis itaque creditori conſulitur, qui debitorem in loco ſolutioni deſtinato repertum per directam actionem, & in loco domicilii etiam abſentem poteſt per arbitrariam convenire. Nec quidquam facit textus *in d. l. 19. in princip. de judic.* qui, ut advertit Bachovius ubi ſuprà, facilè adversùs Fabrum retorquetur) & etiam cum ideò hæres ab hæreditariis creditoribus ibi conveniatur, ubi defunctus debuit, quia ejus vicem ſubit, & perſonam repræſentat, evincitur omninò quemlibet creditorem in quocumque, ſed ideò dumtaxat loco conveniri debere.

33\. Jam in quibus à triticaria conditione differat arbitraria actio de eo quod certo loco ſupereſt diſpiciendum, quod non aliter poteſt percipi, quod ſi triticariæ conditionis naturam, & uſum communem noſcamus, & omiſſis quæ latè tradunt Donell. *ad Rubric. & ad leg. 1. de condit. tritic.* & Anton. Faber *de err. pragmat. dec. 84. err. 4. cum plurib. ſeq.* triticaria conditio ad plectendam moram debitoris, qui ex ſtricta cauſa debet, à jure adinventa eſt, & rei æſtimationem perſequitur, ut ecce; ſi debitor ex cauſa mutui, aut ſtipulationis moram commiſerit, creditor certi conditione agens rem in obligatione ſolùm contentam conſequeretur, & mora debitoris impunita maneret; quare conſtitutum eſt ut per triticariam conditionem æſtimatio petatur, & ſimul mora debitoris plectatur, *l. vinum 22. de reb. cred. l. 3. de cond. triticar.* docet Cujacius *3. ad African. in d. l. 8. hoc tit.* cui aſſentiri videtur Bachovius. *differt. 8. de action. diſput. 4. theſi 13.* venit itaque inter triticariam conditionem æſtimatio cujuſlibet rei ex ſtricta cauſa debitæ præter pecuniam numeratam, *l. 1. in princip. de cond. tritic.* cujus eamdem ubique æſtimationem eſſe conſtat *l. 3. hoc tit.* quibus ſuppoſitis inter triticariam condictonem, & actionem venit non res ipſa debita, ſed ejus æſtimatio, ſeu intrinſecum intereſſe, *d. l. 3. de cond. tritic.* in actionem de eo, quod certo loco res ipſa debita venit, ejuſque tam extrinſecum quàm intrinſecum intereſſe, *l. 1. §. ult. hoc tit.* unde triticaria conditio ſtricti juris eſt, quidquid dicat Cujac. ubi nuper. Rectè quoad hanc partem à Fabro reprehenſus ad inſtar aliarum actionum, quæ licet intrinſecum intereſſe perſequantur, ſtricti juris ſunt, ut colligitur ex juribus adductis *n. 5.* & quia nullum intereſſe intrinſecum in actione de eo, quod certo loco dari poteſt, *d. l. 1. Cod. de cond. tritic.* ideò ipſammet actionem tàm ad pecuniam numeratam, quàm ad cæteras res ſpectare certum eſt, *l. 2. §. 1. l. 8. hoc tit.*

34 Sed inter triticariam condictionem, & actionem de eo, quod certo loco nil intereſſe evincere videntur textus *in d. l. 22. de reb. cred. l. ult. de cond. tritic.* quibus aſſeritur, quod ob mercem aliquam, quæ certo loco dari debuerit triticaria condictio exerceatur, & ejus temporis æſtimatio ſumitur, quo dari debuit; ergo triticaria condictio, quæ extra locum ſolutioni deſtinatum exercetur, ab actione de eo, quod certo loco non diſtat. Quam difficultatem ut diluat Zamora *ad d. l. 8. hoc tit. n. 35.* aſſerit, quod in præfatis juribus triticaria condictio in loco ſolutioni deſtinato exercetur, cujus ſumitur æſtimatio, ſed ex eorum litera convincitur; nam poſtquam dixerant Conſulti, quod ſi ob mercem certo loco debitam agatur, ejus loci ſumitur æſtimatio, quo dari debuit; ſubjungunt quod ſi nil de loco convenerit, is locus ſpectatur, quo petatur, & inter eos illam diſferentiam ponunt, quod in primo locus ſolutioni deſtinatus attenditur, in ſecundo locus petitionis ſpectatur; hæc autem differentia ceſſaret omninò, ſi in primo triticaria in loco ſolutioni deſtinato exerceretur; nam tunc ſolutionis & petitionis unus locus eſſet; & in utroque caſu locus petitionis attenderetur: ergo ut vera ſit ſuperior differentia, dicendum ob mercem certo loco debitam alio loco actionem in locum fuiſſe deductam; quamobrem reſponderi poſſe exiſtimo text. *in d. l. 22. & l. ult.* quatenus de obligatione cum adjectione loci concepta loquuntur de triticaria condictione purè, vel in diem contracta, ſed tanquam civilis directa, & ſtricti juris alio loco exerceri non poteſt, accipi debere, ſed de arbitraria actione de eo, quod certo loco, quæ dum alio loco movetur, debitam quidem mercem perſequitur, ſed cum incremento ejus, quod intereſt; nec quod textus *in d. l. ult.* ſit ſub rubro de condictione triticaria in contrarium quidquam facit; nam ſicuti nil prohibet ut *in d. l. 22.* quæ eſt *ſub rubrica de reb. cred.* in qua de certi cond. ſermo inſtituitur, de tritic. cond. & actio de eo, quod de certo loco agatur, ſic repugnat ut *in d. l. ult.* de act. de eo, quod certo loco tractetur, imò ejus rei nec levis, nec inelegans furſan conjectura ex textu *in d. l. ult.* inſcriptione depromitur, quæ Gaium habet auctorem *lib. 9. ad edictum Provinciale*, qui ſub eadem inſcriptione, *in l. 1. hoc tit.* arbitrariæ actionis de eo, quod certo loco originem, ejuſque inducendam rationem tradiderat, ut mirum non ſit Gaium; qui *lib. 9. ad edict. Provinc. in d. l. 1.* de arbitr. actionis origine egerat ſub *eodem lib. in l. ult.* de ejus effectu circa loci æſtimationem, ſeu intereſſe diſſerere, quem & nos ſecuri, poſtquam arbitr. actionis originem, naturam, cauſas, & qualitates explicuimus, duobus quæ ſuperſunt capitibus, ejus præſtationes circa intereſſe dabimus.

CAPUT III.

In quo de officio judicis in arbitraria actione de eo, quod certo loco diſſeritur.

1 JUdicis officium pro judiciorum diverſitate non uno modo exerceri compertum eſt. In ſtricti juris judiciis nec augere, nec minuere condemnationem licet ei, qui præſcripram à Prætore formulam ſequi, & religioſè nimis obſervare videtur. In bonæ fidei judiciis liberum ex bonæ fide judicandi arbitrium judici Prætor permittit, *l. 24. depoſit. §. in bona fidei 30. inſtit. de actionib.* & tandem in arbitrariis peculiare, & à cæteris judiciis ſeparatum judicis officium verſatur *§. preterea 31. inſt. eod.* Sed cum noſtra arbitraria actio de eo, quod certo loco multum à reliquis arbitrariis differat, quod in ea judicis officium vertitur, propriam & jam nec aliis actionibus communem omninò naturam ſortitur; & cum hujuſmodi actio ex æquitate tanquam præcipua cauſa dimanet, meritò *in l. 4. §. 1. hoc tit.* judicem qui huic actioni adjectus eſt, qui ſic eleganter dicitur, ſicuti & quilibet datus judex, *l. cum furioſus 39. de judic.* quia cum judicandi munus publicum ſit, *l. ult. §. judicandi 14. de munerib. & honorib.* à Prætore judex deſignatus niſi juſtam excuſationis cauſam habeat, omninò judicare compellitur, *l. Prætor 13. §. qui a. de vacat. & excuſat. mun.* juncto Cujac. *3. qq. Papin. in d. l. 39 de judiciis*, æquitatem ante oculos habere debere aſſerit Ulpianus, ita ut non teneatur quantitati contractus ſervire, ſed vel excedere vel minuere quantitatem debeat, *l. 2. §. ult. hoc. tit.* ideſt vel in minorem pecuniam, quàm quæ in obligatione deducta eſt, reum condemnare, ſi deſtinato potiùs loco pecuniam ſolvere ejus intereſſe repererit; aut in majorem, ſi condicto loco pecuniam ſolutam eſſe actoris intererit, *d. l. 2. in princip. l. un. Cod. ubi conveniatur, qui certo loco dare promiſit;* in qua re inter actorem, & reum elegans eſt differentia; actoris enim utilitas, ſeu intereſſe non aliter conſideratur, & condemnationem auget, quàm ſi debitoris mora interceſſerit, ideſt ſi per debitorem extiterit, quominus in loco deſtinato ſolverit, ut indicat Ulpianus *in d. l. 2. §. ult.* & expreſſiùs docent Africanus, & Paulus *in l. 10. verb. nec oportebit, & verb. ejuſque in l. ult. hoc tit.* ex quibus explicandi ſunt textus *in d. l. 2. in princip. & in d. l. ult. Cod. ubi conveniatur, qui certo loco dare promiſit.* Quatenus ſimpliciter utilitatis actoris habendam eſſe rationem ſcribunt; diverſa debitoris eſt cauſa, cujus intereſſe, ſeu utilitas in arbitraria actione ſemper æſtimatur, ſi per creditorem ſteterit quominùs deſtinato loco pecuniam acceperit, ſive non; imò etſi per debitorem ſolùm ſteterit quominùs in condicto loco ſolverit, ejus adhuc utilitas ſpectabitur, ut poſt Accurſium, Bartholum, Jaſonem, & Caſtrenſem Donellus *in d. l. 2. hoc tit. n. 6.* Ramos *in manuſcripta prælect. ad text. in d. l. 8. hoc tit. n. 7.* & Gonzal. *in comment. ad text. in d. cap. 17. de foro compet. n. 9.*

2 Cujus differentiæ ratio ex eo naſcitur, quod creditor, qui directâ actione alio loco agere non poſſet, dum arbitrariam actionem intendit contra verba conventionis, conſtituti loci utilitatem perſequitur, quàm non aliter tribui æquum eſt, quàm ſi debitor moram admiſerit, iniquum profectò eſſet debitorem qui in pecunia deſtinato loco ſolvenda moram non commiſiſſet, non modo in ſortem principalem, ſed & in id, quod creditoris intereſt deſtinato loco pecuniam eſſe ſolutam condemnari; at ex contrario debitor qui in certum locum ſolutionem deſtinavit non ex bono & æquo propter arbitrariæ actionis poteſtatem loci utilitatem ex eo debet amittere, quod moram commiſerit, quia utilitas debitori quæſita ei adimi non poteſt ex vulgari regula text. *in l. ult. de pact.* & quia mora etſi debitori nocere dicatur, *l. 137. §. unicuique 2. de Reg. jur.* ad eum ſit effectum, ut perpetuetur obligatio, *l. ſi ſervus 91. §. 3. de verb. obligat.* jus tamen contrahentibus ex propria conventione quæſitum auferre non poteſt, ut ex eo dignoſcitur, quod creditor, ſi oblatam ſibi à debitore pecuniam accipere recuſaverit, vel in mora conſtituitur, *l. 72. de ſolut.* & tamen juris ſibi ex conventione quæſiti perſecutionem non amittit, imo agere poſt poteſt, adeo ut ſi reus interpellatus non ſolvat, poſterior mora ibi noceat, *l. 23. §. ult. cum ſeq. de recept. arbitr. l. illud 15. de peric. & commod. rei vend. l. 19. in fin. de uſur.* idem ergo jus in debitore licet moroſo rectè conſtitutum eſt, ut loci utilitatem ſibi ex conventione quæſitam ex eo, quod moram commiſerit, non amittat, ut conſiderat Donell. *in d. l. 2. hoc tit.* ſed huic doctrinæ refragari videtur, quod debitor alio loco conventus non propter propriam conventionem, ſed ex bono & æquo ob arbitr. actionis poteſtatem loci utilitatem conſequitur, ut probat Juſtin. *in §. ſi quis agens 33. verb. propter quam inſt. de action.* ubi aſſerit quod alio loco petenti arbitraria actio proponatur, ut loci utilitas debitori conſervetur, non ob conventionem, ſed & arbitrariæ actionis poteſtatem debitor loci utilitatem conſequitur; facilè tamen reſpondetur aliam eſſe Juſtin. ſententiam, qui totus in eo eſt, ut arbitrariæ actionis inducendæ neceſſitatem oſtendat, quam inde deducit, quod cum creditor alio loco directam actionem exercens plus loco peteret, & litem amitteret, quia utilitatem, quam debitor haberet, ſi deſtinato loco ſolveret, purâ intentione ei adimeret, alio loco petenti arbitrariam actionem poſuit, in qua debitoris utilitatis ratio haberetur; ex qua Juſtin. doctrina potius infertur loci utilitatem propter propriam conventionem debitori competere, & Prætorem quidem actionem propoſuiſſe, per quam alio loco experiri creditor poſſet, ita tamen ut loci utilitatem jam eo tempore contractus ſibi quæſitam debitor non amittat, ſed integram perinde retineat, ac ſi in loco ſolutioni deſtinato pecuniam explicaret.

Ex quibus infertur evenire optimè poſſe, ut in 3
arbitraria actione utriuſque ſimul debitoris, &
creditoris

Digitized by Google

creditoris utilitas in uno eodemque caſu attendatur, videlicet ſi poſt moram commiſſam alio loco debitor per arbitrariam conveniatur, tunc utriuſque intereſſe deſiderabitur creditoris, quia per debitorem ſtetit, quominùs in deſtinato loco ſolverit, & debitoris, quia loci utilitatem, quam ex contractu ſibi acquiſiviſſet ob moram commiſſam non amittit, quò reſpiciens Ulpianus *in d. l. 2. in princ. hoc tit.* arbitrariam actionem utriuſque utilitatem tàm actoris, quàm rei continere ſcripſit, ut Accurſ. Barthol. & Caſtrenſem ſecutus doctè explicat Donellus *in d. l. 2. n. 7.* licet diſſentiat Cujacius *tract. 3. ad Africanum in d. l. 8. hoc tit.* ubi: *liſque tanti æſtimatur, quanti ejus, vel actoris interfuerit. Et d. l. un. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit*, ibi: *in qua venit æſtimatio ejus, quod alterutrius interfuerit.* Quem textum ſic expendunt eam vim eſſe disjunctivæ orationis, ut non utrumque, ſed alterum ſolùm extremum contineat, *l. ſi 119. de verb. obligat.* ergo dum in his juribus per disjunctivam orationem alterutrius utilitatem in arbitraria actione æſtimandam dicitur, non utriuſque ſimul; ſed unius ſeparatim utilitatem æſtimandam indicatur. Verius tamen eſt, quod licet, ſi unius tantum interſit, ſive debitor ſit, ſive creditor, ejus dumtaxat utilitas æſtimatur, juxta text. ſic explic. *in l. 8. & in l. un.* in quibus quod dicitur tanti litem æſtimandam, quanti alterutrius interfuerit, ad eum caſum referendum eſſe, quo alterius ſolùm interfuerit; ſi tamen utriuſque ſimul interſit, utriuſque ſimul utilitas æſtimabitur juxta text. ſic explic. *in d. l. 2. in princ.* Nec aliud abſque manifeſta debitoris, aut creditoris injuria potuit conſtitui; eadem enim juris, aut æquitatis ratio; quæ ſi alterius ſolùm interſit, alterutrius utilitatem ſeparatim æſtimandam evincit; ſi utriuſque ſimul interſit, utriuſque etiam utilitatem ſimul & conjunctim æſtimari debere ſuadet, ne aliter poſito jure aut debitor loci utilitate, quam ex contractu acquiſivit, fraudetur, aut creditor loci utilitatem quam omninò fuiſſet ſecutus, ſi debitor in pecunia deſtinato loco ſolvenda moroſos non extitiſſet, dum arbitrariam actionem intendit, amittat.

4 Hoc autem intereſſe ſive debitoris, aut creditoris ſeparatim, ſive utriuſque ſimul, & conjunctim æſtimatur, habita ratione ejus loci; qui ſolutioni fuit adſcriptus, non ejus in quo arbitraria actio exercetur, *d. l. 22. de reb. cred. d. l. ult. de condit. tritic.* Sicuti & in actione bonæ fidei, quæ ex cauſa contractus emptionis, & venditionis extra locum traditioni deſtinatum intenditur, emptoris utilitas ſpectatur, ſumpta æſtimatione non quidem ejus loci, quo agitur, ſed quo rem venditam tradi juxta conventionem oportuit; textus ſi intelligendus *in l. 3. §. ult. de act. empt.* quidquid circa ejus explicationem dicat Caſtro *ad principium inſt. de empt. & vendit. §. 5. n. 195.* Nec fruſtra eſt, quod ad ineundam æſtimationem locus ſolutioni deſtinatus ſpectetur, ut *in l. 3. hoc tit.* Gaius aſſerit, & ex eo Juſtin. *in d. §. 33. de actionibus.* Ideò in arbitrariam, judicis hoc eſt in arbitrium judicis hæc actio infertur, quia varia ſunt pretia rerum per ſingulas civitates, & regiones, ſeu nonnullam pretio varietatem, loca, tempora afferunt, ut dicebat Conſultus *in l. 63. §. ult. ad l. Falcid.* & pecuniæ quamvis unam eamdemque habeant poteſtatem *l. nummis 3. de in litem jurando*, aliis tamen locis facilius & ſub levibus uſuris inveniuntur, aliis difficilius, & ſub gravibus uſuris, *l. 1. in princ. l. & in contraria 37. de uſuris.* unde explicatus eſt textus *in l. 29. de legat. 1.* ubi legatum debiti à debitore creditori relictum, quod non aliter ſubſiſtit, quàm ſi compendium aliquod afferat legatario, *l. ſi creditori 28. eod. tit. §. ex contrario 14. inſt. de legat.* efficax eſt ſi teſtator quod certo loco dare promiſerat, alio loco juſſerit creditori præſtari, cujus intereſſe poteſt in loco teſtamento deſignato rem debitam conſequi potiùs quàm in loco ſtipulationis deſignato; quam doctrinam veram eſſe puto, & ex eo moveor, quod licet ſi legatum non fuiſſet relictum eo loco, arbitrariam actionem poſſet creditor exercere, non tamen ejus loci utilitatem conſequeretur, ſed ejus qui ſolutioni fuiſſet inſertus juxta noſtra principia: ex teſtamento autem actionem cum arbitrii qualitate quocumque locò idoneo exercens, ſemper loci à teſtatore deſignati utilitatem conſequitur: Nec tunc obſtant illa verba textus *in d. l. ult. de condit. tritic. primùm ſumatur æſtimatio ejus loci; quo dari debuit.* Ex quibus Faber *in ration. ad text. in d. l. 3. §. ult. de action. empt.* & Donell. *in d. l. 22. de reb. cred. num. 32.* inferunt quod ſi debitor moram commiſerit, æſtimatio facienda eſt, utro in loco res pluris ſit, ſcilicet vel in loco ſolutioni deſtinato, vel ubi arbitraria actio exercetur, prout actori fuerit utilius. Nam ex ipſo textu conſtat eam eſſe Conſulti ſententiam, ut ſi locus ſolutioni fuerit deſtinatus, ejus ſolùm ſumatur æſtimatio, ſi de loco nil convenerit, loco in quo agitur, æſtimatio ſpectetur, ut tradunt Schifordeger *ad Anton. Fab. lib. 1. tract. 27. q. 5.* eùmque ſecutus, alioſque referens Gonzales ad textum *in d. l. 17. de for. competenti num. 41.*

Diximus loci ſolutioni deſtinati utilitatem in arbitraria actione ſpectandam; nunc obiter videamus cujus temporis æſtimationem oporteat 5
attendi? cujus rei reſolutionem ſtatim præſtat textus *in l. idem erit 60. juncta l. anteced. de verb. obligat.* dixerat Julianus *in l. quoties 59.* quòd quoties in diem, vel ſub conditione aliquis oleum ſtipulatur, ejus æſtimationem eo tempore ſpectari oporteat, quo dies obligationis venerit, ideſt quo peti poteſt *in l. 60.* ſub ſeq. adjicit Ulpianus idem juris eſſe, ſi Capuæ centum olei pondo ſibi dari quis ſtipulatus ſit, nam ejus temporis ſit æſtimatio, quo peti potuit, ideſt quo primùm Capuam pervenire debitor potuit; quæ Ulpiani ſententia ex eo ſummè difficilis eſt, quòd qui centum olei pondo dare promiſit, nulla ratione poteſt ad ejus æſtimationem condemnari ex reg. text. *in l. 2. §. 1. de reb. cred.* ergo fruſtra cujus temporis olei æſtimatio ſit differenda Ulpianus putat. Deinde licet in ſtipulatione in diem contracta eo tempore æſtimatio ſpectetur, quo dies obligationis venerit, *l. hominem 37. mandat. l. ſi 11. de re jud. d. l. 59. de verb. oblig.* quia qui in diem debet, per diei adventùm in mora ipſo jure conſtituitur, *l. etſi poſt res 8. ſi quis cantion. l. 26. §. 1. de fideic. libert. l. ſi fundum 114. de verb. oblig. l. 3. Cod. in quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria de contrah. & commit. eſt. l. 12. Cod. non ſtipulat.* aliud tamen in ſtipulatione cum adjectione loci concepta procedere videtur; tacitus quippè dies, quem continet ejuſmodi ſtipulatio,

Digitized by Google

l. 2. *§.* 6. *hoc tit. cum ſimilib.* debitorem in mora non conſtituit, ut *ex l.* 4. *eod.* dixi *præced. cap. n.* 17. & docet licet falſo fundamento nixus Anton. Faber. *in ration. ad text. in d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* ergo falſò aſſerit Ulpianus ad inſtar ſtipulationis in diem conceptæ, etiam in ſtipulatione cum adjectione loci concepta ejus temporis æſtimationem ſumi oportere, quo primùm ad deſtinatum locum debitor pervenire debuerit; quibus difficultatibus non obſtantibus ſecurè cum Ulpiano eſt aſſerendum in ſtipulatione cum deſignatione loci contracta ſive per directam, ſive per arbitrariam actionem creditor experiatur ejus temporis ſtipulationem ſumendam eſſe, quo dies obligationis venerit, ſub ea tamen differentia, quòd ſi in deſtinato loco directa actio exerceatur, æſtimatio ſolùm attenditur; ſi verò extra eum locum arbitraria moveatur, præter ejus temporis æſtimationem etiam intereſſe quamvis intrinſecum, ut ſtatim dicemus, ſpectatur: Nec huic Ulpiani ſententiæ prima difficultas reſiſtit; nam cum dicimus ejus temporis ſumendam eſſe æſtimationem, quo dies obligationis venerit, non aſſerimus, quòd ſi id, quòd in obligationem eſt deductum, adhuc ſit in rerum natura debitor ad integram æſtimationem debeat condemnari; id enim juris principiis pugnaret, juxta quæ debitor ſicuti alius pro alio ſolvere reluctandi creditori non poteſt, *d. l.* 2. *§.* 1. *de reb. cred.* ſic nec aliud pro alio ſolvere cogendus eſt ex vulg. reg. text. *in l. ult. Cod. de fideic. libert.* Sed hoc dicimus ſcilicet, debitorem ad rem ipſam in obligatione contentam condemnari, & ſi quidem ejus æſtimatio poſt diem obligationis venientem decreverit, in id ulterius quod decreverit, quia nec in aliud condemnari debitor poteſt, quàm in id quod ſolvendo liberaretur; conſtat autem quod debitor ſic ſolvens obligationem extingueret argum. text. *in l.* 8. *Cod. de ſolut.* junctis quæ pro ejus expoſitione dixi *ſuper cap. n.* 22. Docet ex Bartholo & Fulgoſio Arnoldus *in comment. ad text. in d. l.* 22. *de reb. cred. n.* 24. *cum trib. ſeq.* Nec etiam obſtat ſecunda difficultas, nam etſi per lapſum taciti temporis, quod ſtipulatio cum adjectione loci concepta complectitur, debitor in mora non conſtituatur ad differentiam ejus, qui in diem certum expreſſa conventione diſpoſitioni adjectum debet, quo elapſo die, in mora ipſo jure conſtituitur; tamen quoties de tempore ineundæ æſtimationis tractatur, taciti non minus, quàm expreſſi temporis ratio habetur; nec enim ad ineundam æſtimationem tempus moræ eſt inſpiciendum, ut ex eo apparet, quod in conditionali obligatione exiſtentis conditionis temporis ſumitur ratio & æſtimatio, *d. l.* 59. *de verb. obligat.* cum tamen in veriori ſententia conditionis eventus (nullâ interpellatione ſecutâ) debitorem in mora non conſtituat, ut Anton. Fab. *lib.* 16. *conject. cap.* 8. Arnold. *in d. l.* 22. *de reb. cred. n.* 31. *cum trib. ſeq.* ſed id potius tempus attenditur, de quo expectando inter contrahentes actum eſt, qua ratione cum adjectione diei, vel conditionis, vel loci contracta tempus, quo dies obligationis venerit ex voluntate contrahentium ſpectari oportet, ut Cujac. ad pandectas *in d. l.* 59. *de verb. obligat.*

6 Loci itaque ſolutioni deſtinati, ejuſque temporis, quo dies obligationis venerit habitâ ratione ſive creditoris, ſive debitoris, vel utriuſque ſimul in arbitrariam actionem venit intereſſe quòd nihil eſt aliud, quàm quòd alieni abeſt, quantumque aliquis lucrari poteſt, *l. ſi.* 13. *rem ratam haberi*, & in facto non jure conſiſtere dicitur, *l.* 14. *de reg. jur.* eſtque in duplici differentia in certiori ſententia, quam tradunt Donell. 16. *comment. cap.* 23. Cujac. *lib.* 33. Paulus *ad edict. in l.* 21. *§. cum pater* 3. *de action. empt.* & plures referens noſter Pichard. *in diſput. de mora. n.* 166. aliud intrinſecum, aliud extrinſecum; intrinſecum intereſſe eſt damnum ipſius rei, veluti ſi res in obligationem deducta deterior facta ſit, vel ſi ejus pretium decreverit; extrinſecum intereſſe dicitur damnum emergens, aut lucrum ceſſans extra rem ipſam, quorum utrumque in arbitrariam actionem venire docet Ulp. in difficili textu *in d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* ubi quod dicitur non ſolùm damni, ſed & lucri rationem habendam, non eſſe proprium arbitrariæ actionis, ſed omnium actionum, in quibus vel ex pacto, vel ex propria negotii qualitate venit totum intereſſe, *l. ſocium* 66. *pro ſocio. l. ſi in* 24. *§. colonus* 4. *l. ſi fundus* 33. *verb. nam etſi locati. l. ſi Mul.* 21. *§.* 4. *de act. rer. amot. d. l.* 13. *rem ratam haberi. l.* 7. *Cod. arbitr. tut. l. un. Cod. de ſententiis, quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur.* Sed obſtare videtur quod in contributione legis Rhodiæ de jactu ad intereſſe taxandum lucri ratio non attenditur, *l.* 2. *§. portio* 4. *ad l. Rhod. de jactu.* & in ſpecie de damno infecto in quam quanti ea res eſt, id eſt quod intereſt venire dicitur, *l.* 28. *de damno infecto.* damni duntaxat, non etiam lucri rationem haberi dicitur *in l.* 26. *eod. tit.* ſimiliterque cum furti actio ei competat, cujus intereſt rem non eſſe ſubreptam, *l. cujus* 10. *cum plurib. ſeq. l.* 85. *de furt. §. furti* 13. *cum ſeq. inſt. de obligat. quæ ex delicto naſcuntur*, et ſolum, qui damnum eſt paſſurus, non ei, qui lucrum eſſet facturus, propter intereſſe competere dicitur, *in l. ſi is* 71. *§.* 1. *de furt.* ergo & in arbitraria actione in quam venire dicitur, intereſſe damni dumtaxat emergentis, non etiam lucri ceſſantis rationem haberi oportere; pro cujus dubii ſolutione eſt dicendum in contributione, quæ fit *ex l. Rhod. de jactu*, lucri rationem attendi, ideò non poſſe, quia ubi laborante navi jactus factus eſt, ſolum detrimentum lex pro portione jubet communicari, id eſt commune damnum fieri eorum, qui propter res aliorum omiſſas conſecuti fuerunt, ut merces ſuas ſalvas haberent, *d. l.* 2. *in fin. ad l. Rhod. de jactu*, ex æquitatis ratione, quæ ſuadet, ut is, cujus merces levandæ navis causâ in mare projectæ, locupletior quidem non fiat, ſed ut ex jactu ex neceſſitate facto minus detrimentum experiatur, *d. l.* 2. *§.* 4. ut ſic ſolùm id lucrum æſtimetur, quod juſtum ſit, quare in damni infecti ſtipulatione lucrum quod ab ipſo vicino, & ejus precario beneficio habebatur, quo non diutius ſcilicet quam quoad vicinus conceſſerit tanquam injuſtum æſtimandum non eſſe meritò ſcriptum eſt *in d. l.* 26. *de damno infecto*; ex eadem ratione furti actio ei, qui lucrum eſſet facturus optimo jure denegatur lucrum, & etiam quod quis poſt interruptam poſſeſſionem ex re aliena facere ſtudet, non niſi injuſtum eſſe poteſt, quod furti actionem non ponit, quamvis nil prohibeat in conditione furtiva, textus ſic intelligendus *in l. ſi quis* 52. *§.* 28. *de furt.* juſtum namque lucrum non modo in arbitraria, ſed & in aliis pluribus actionib. ſumitur, Donell. *d. lib.* 26. *comment.*

Digitized by Google

cap. 13. Ant. Contius *ad d. l. un. Cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt prof.* Anton. Fab. *in ration. ad text. in d. l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Arnold. *ad l. un. n.* 122. *cum aliquot. ſeq.* Arnold. Vinnius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 37. *per tot.* & aliquos refert Gonzal. *in d. cap.* 17. *de foro compet. n.* 11.

7 Extrinſeci intereſſe, quod in arbitraria actione æſtimatur ratione damni emergentis, aut lucri ceſſantis, exempla proponit Ulpianus *in d. l.* 2. §. *ult. hoc tit.* veluti ſi quis trajectitiam pecuniam Romæ fœneraverit Epheſi recepturus, vel ſub pœna pecuniam debebat, vel ſub pignore, & præter moram debitoris pœna commiſſa, vel pignora ſiot diſtracta, vel ſi cum fiſco aliquid deberetur, res debitoris fiſcalis qui pecuniam quam mutuam dederat, ſibi Epheſi reddi fuerat ſtipulatus, viliſſimo pretio diſtracta ſit, aut denique ſi creditor merces comparare ſolebat, quibus omnibus caſibus damnum emergens ob pœnam commiſſam pignora vendita, aut diſtractionem propter debitum fiſcale viliſſimo pretio factam, quæ non facilè reſcinditur, *l.* 8. *Cod. de remiſſione pignor. l.* 6. *Cod. de fide & jure haſtæ fiſcalis lib.* 10., niſi dolo & mala fide ſit facta, *l. ſi quis* 16. *Cod. de reſcind. vendit. Cod. de fide & jure haſta*, & lucrum ceſſans ob pecuniam deſtinato loco non ſolutam in arbitraria actione æſtimantur, & officio judicis acceduor ſorti principali. Cui doctrinæ quaſi datâ operâ opponuntur difficiles textus *in l. ult. de periculo, & commodo rei vendita, & in l.* 21. §. 3. de *act. empt.* in quibus morâ factâ per venditorem in re tradenda, omnis quidem emptoris utilitas in æſtimationem venit, quæ modo circa rem ipſam conſiſtit; extrinſecum autem intereſſe non attenditur, neque enim ſi potuit emptor ex re empta negotiari, & lucrum facere; id æſtimandum eſt, non magis quàm ſi quis triticum emerit, & ob eam rem quod non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit, nam pretium tritici non ſervorum fame necatorum emptor conſequitur; tunc ſic: in actione in empto, quæ bonæ fidei eſt, intrinſecum intereſſe non æſtimatur: ergo nec in arbitraria actione poterit æſtimari: patet conſequentia, quia abſurdum eſſet arbitrariæ actionis præſtationes bonæ fidei judicii præſtationes ſuperare argum. textus *in l. ſumptus* 18. *de rei vindicat. l.* 3. *de reſcind. vend. l.* 84. §. *qui* 5. *de legat.* t. quod omninò contingeret, ſi extrinſecum intereſſe, quod in bonæ fidei judiciis inſuper habetur, in arbitrariam actionem veniret. Confirmatur difficultas ex eo quod cum in bonæ fidei judiciis etiamſi in contrahendo convenerit, ut certo loco quid præſtetur arbitraria actione non ſit opus, ſed bonæ fidei actio ſufficiat, *l. in bona fidei* 7. *hoc tit. cum aliis adductis cap.* 1. *n.* 21. ſatis colligitur, non plus in arbitrariam, quàm in bonæ fidei judicium venire; alioquin ſi liberiores eſſent præſtationes arbitrarii, quam bonæ fidei judicii, quoties in contrahendo conveniſſet, ut certo loco quid præſtaretur, bonæ fidei actio non ſufficeret, ſed ad arbitrariam etiam creditori opus eſſet recurrere; ut pleniorem utilitatem conſequeretur: ergo hoc ipſo quod in bonæ fidei judiciis extrinſecum intereſſe non attenditur, nec in arbitraria actione poterit æſtimari.

8 Cui difficultati communem ſolutionem ſecutus Dom. Retes *p.* 2. *de verb. obligat. tract.* 4. *n* 41. *&* 42. reſpondet quoad extrinſeci intereſſe præſtationem arbitrariam actionem à bonæ fidei judiciis differre, ſed tam in arbitrariam, quàm in bonæ fidei actiones proximum extrinſecum intereſſe, remotum autem non venire, quod ſic explicat, ſi in ſpecie *d. l.* 21. §. 3. *de act. empt.* qui triticum emit, expreſſiſſet ad paſcendam familiam, vel ad aliam neceſſitatem ſe emere, & hoc venditori compertum fuerit, vel ex dicto emptoris, vel ex aliis ſufficientibus indiciis, tunc pretia ſervorum fame necatorum emtor conſequeretur, & extrinſecum intereſſe, ſcilicet damnum illud emergens tanquam proximè ex mora debitoris dimanans, in eo empto actionem veniret, non minus quam in arbitrariam, *d. l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Cæterum ubi de hac neceſſitate nihil conventum, actum, aut cogitatum fuit, *ut in d. l.* 21. §. 3. damnum illud tamquam remotum & proximè, non ex mora venditori proveniens in æſtimationem venit, ſi proximum ſit, non ſi remotum, ut ecce: ad hoc ut lucrum ceſſans æſtimetur, non ſufficit quod creditor merces ex pecunia poſſet comparare, nec quod mercator ſit, ſed illud amplius requiritur, quod in illis mercibus negotiari ſolitus ſit, *d. l.* 2. §. *ult.* & quod negotiandi fuerit occaſio, & quod tunc temporis ex ſimili negotiatione quæſtum aliquem alius reperiſſet. Verum communis hæc ſolutio admittenda non eſt, tum quia ſi vera eſſet, extrinſecum intereſſe, ſaltem proximum in eo exemto actiooem veniret, contra Paulum *in d. l.* 21. §. 3. qui eam ſolum emptoris utilitatem docet in æſtimationem venire, quæ circa rem ipſam conſiſtit, tum quia extrinſecum intereſſe ratione damni emergentis, quod in arbitraria actione dicitur æſtimari *in d. l.* 2. § *ult.* ſed remotum proximè ex inopia creditoris reſultat, qui ſi aliam quamlibet pecuniam habuiſſet, pœnæ commiſſæ aut pignorum diſtractionem excitare potuiſſet, remote autem ex mora debitoris qui pecuniam deſtinato loco non ſolvit, ſicuti & damnum illud quod *in d. l.* 21. §. 3. non alia ratiooe in communi opinione remotum dicitur, niſi quia quod familia emptoris fame perierit, proximè & immediatè ex ejus inopia, aut indigentia dimanat, qui ſi triticum aliud habuiſſet, familiam utique alere potuiſſet, remotè autem & mediatè ex culpa venditoris qui moram in tritici traditione commiſit: ergo falſum eſt dicere extrinſecum intereſſe æque in bonæ fidei judiciis, ac in arbitraria actione æſtimari. Nec verior eſt ſolutio, quam agitavis *ad d. l.* 8. *hoc tit. cap.* 1. *n.* 32. qui fatetur extrinſecum intereſſe in arbitrariam, nec etiam in bonæ fidei actiones venire; negat tamen uberiores eſſe præſtationes arbitrarii, quam bonæ fidei judicii; quod ſic demonſtrat; in bonæ fidei judicio intrinſeci intereſſe in quocumque loco ratio habeatur, extrinſecum verò intereſſe non attenditur nè alioquin nullâ ad locum factâ circumſcriptione immenſa fieret obligatio, in arbitraria autem actione habitâ deſtinati loci ratione, tam extrinſecum quam intrinſecum intereſſe æſtimatur ſine ullo immenſitatis obligationis periculo inducendæ, quam ad certum locum circumſcriptio facta movet; Verior inquam, hæc ſolutio non eſt; ſupponitur namque intereſſe cujus in bonæ fidei judiciis ratio

habetur, quocumque loco æſtimari, ſeu ad nullum certum locum circumſcribi contra expreſſum textum *in l. 3. §. ſi per venditorem 3. de act. empt.* ubi mora facta per venditorem ad ineundam æſtimationem, vel ad locum contractus, vel ad locum litis conteſtatæ fieri circumſcriptionem docemur: ergo loci circumſcriptio etiam in bonæ fidei judiciis immenſitatem obligationis excludit, ſtat rectè in eis non minùs quàm in arbitraria actione extrinſecum intereſſe æſtimari.

9 Quibus ſulutionibus rejectis pro vera conciliatione textus *in d. l. 21. §. 3. de act. empti d. l. 2. §. ult. hoc tit.* dicendum eſt in eo quod intereſt damnum, quod reverâ inducitur, & lucrum quod reverâ abeſt contineri *d. l. un. Cod. de ſent. quæ pro eo, quod intereſt proferuntur.* ſive eam dumtaxat utilitatem convenire quæ circa rem conſiſtit, ut loquitur Paulus *in d. l. 21. §. 3.* ita ut non quidquid habere potuerit, præſtito eo quod debebatur, æſtimetur; ſcilicet cum id quod certo habere potuit, & ſolum propter rem debitam, non aliunde ut ſic duplex extrinſecum intereſſe conſideretur, aliud, quod licet extra rem ſit, circa rem tamen conſiſtit, id ſcilicet quod certo loco & propter rem debitam non aliunde potuit haberi, quod in eas omnes actiones venit, in quibus intereſſe æſtimatur; cujus rei elegantia extant exempla ut *in l. perinde 22. in princ. & §. 1. l. 23. in princ. & §. idem 2. cum ſeq. ad. l. Aquil. l. venditor 8. junct. l. 70. de evict. d. l. 28. de damno infecto.* alterum, quod extra rem eſt, & conſiſtit videlicet, quod vel in certo loco, aut indubitabiliter haberi potuit, vel non præcisè ob rem debitam, ſed aliunde potuit haberi, quod regulariter in his judiciis non venit, in quibus intereſſe præſtatur, ubi cauſæ illius in actione legis Aquiliæ, ejus quod intereſt, fit æſtimatio, ait *lex 21. §. ult. ad l. Aquil.* & tamen ſi navis culpâ nautarum in retia piſcatorum inciderit ob retia ſolum fit æſtimatio, non ob piſces, qui ideò capti non fuit, quia incertum fuit an caperentur, *l. quemadmodum 29. §. item 3. eod. tit.* pariter licet in actione in empto ejus quod intereſt ratio habeatur, *l. ſi traditio 4. l. cum venditore 10. Cod. de actionib. empt.* non tamen æſtimatur quod re traditâ emptor negotiari & lucrum facere potuerit, *d. l. ult. de peric. & commodo rei venditæ. d. l. 21. §. 3. de act. empt.* quia hæc utilitas nec ex re eſt, ſed propter negotiationem percipitur, vel ex venditoris induſtria, vel ex emptoris ſtultitia, *l. venditor. 21. verb. pretium de hered. vel act. vend. l. 3. ad l. Falcid.* nec ob rem venditam præcisè, ſed & aliunde potuit acquiri, ſed nec magis æſtimatur; quod propter triticum non traditum emptoris familia perierit, *d. l. 12. §. 3.* quoniam nec hoc damnum circa rem conſiſtit, ut quod non præciſe propter triticum non traditum contingit, cum aliunde potuerit evitare, nec moræ potius venditoris, quàm emptoris inopiæ debet imputari: Dixi hujuſmodi intereſſe quod extra rem conſiſtit in his judiciis, in quibus intereſſe præſtatur, regulariter non æſtimari, quia cum contractus ex conventione contrahentium legem accipiant, *l. 23. de reg. jur.* ſi id intra contrahentes actum ſit, ut hujuſmodi intereſſe præſtetur, ejus etiam rationem oportet haberi, ut ecce, licet incertum lucrum regulariter non æſtimetur, *d. l. 29. §. 3. ad l. Aquil.* aliquando ex contrahentium conventione præſtatur, *l. 12. de act. empt.* tradit Suarez *lib. 2. ad Aquil. cap. 4. ex n. 16.* & ſimiliter ſi *in d. l. 21. §. 3.* id actum eſſet, ut extrinſecum illud intereſſe circa rem ipſam non conſiſtens præſtaretur, procul dubio in ex empto actionem veniret, quod rectè ad hanc partem cenſuit D. Retes *anter. n.* laudatus.

Hinc genuina ratio deſcendit, propter quam 10 in arbitraria actione de eo, quod certo loco intereſſe quodcumque extrinſecum etiam circa rem ipſam non conſiſtens æſtimatur, *d. l. 2. §. ult. hoc tit.* quæ tota ex contrahentium conventione reſultat; qui enim certo loco pecuniam ſibi dari, aut reddi ſtipulatur, ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, retuliſſe ſolutionem dignoſcitur, & cum in ſtipulatione ſtricta, ejus naturâ non obſtante id ſequamur quod actum eſt, ut probat generalitas textus *in l. ſemper 34. de reg. jur.* & in non multum diſſimilibus ſpeciebus evincunt textus *in l. fundus 114. l. liber 118. §. ult. de verb. obligat.* in quibus propter certi diei, aut adjecti appoſitionem, id æſtimatur quod intereſt ſtipulantis præfixo die, aut adjectæ perſonæ pecuniam ſolutam eſſe, loci adjectio id operatur, ut omnis utilitas ſive circà, ſive extrà rem conſiſtens, quam pecuniâ deſtinato loco ſolutâ parare creditor poſſet, & omne damnum, quod pecuniâ non ſolutâ fuerit expertus, in arbitrariam actionem venit, ſub eo tamen inter damnum & lucrum diſcrimine, quod ubi de damni taxatione agitur, perſonæ conditio non niſi ſtultè attenderetur, ſed id ſolum æſtimatur, quod non ſolutâ pecuniâ creditor cenſuerit, veluti ſi pœnam incurrerit, aut pignorum diſtractionem ſit paſſus, quoties de lucro diſceptatur, non aliter ejus æſtimatio iniri poteſt, quaſi perſonæ conditio, aut conſuetudo ſpectetur, cum nec aliter poſſit apparere; quâ ſpe, quave cogitatione motus creditor pecuniæ ſolutionem ad certum locum retulerit. Unde non fruſtrà, imò neceſſariò *in d. l. 2. §. ult.* quamvis damni æſtimationem nullo perſonæ conditionis diſcrimine habito ſimpliciter ineundam ſcripſiſſet, lucri tamen æſtimationem ex perſonæ conditione & conſuetudine deſumendam concludit his verbis, *quid ſi merces ſolebat comparare.* Nec tunc obſtat quod dicebamus *n. 7.* jure ſic poſito uberiores fieri arbitrarii quàm bonæ fidei judicii præſtationes, & etiam in bonæ fidei judiciis quoties de contrahendo conveniſſet, ut certo loco quid præſtaretur, ad arbitrariam actionem creditori recurrere opus eſſet, per quam pleniorem utilitatem, quàm per bonæ fidei actionem conſequatur juxta textum ibi adductum. Nam quod uberiores ſint præſtationes arbitrariæ actionis de eo quod certo loco, quàm bonæ fidei judicii, ubi de extrinſeco intereſſe tractatur. Facit enim laxior arbitrarii quàm bonæ fidei judicii natura, quam imo minorem in arbitrariis, quàm in bonæ fidei judiciis libenter agnoſcimus; ſed ſola conventionis poteſtas, ex qua legem contractus accipit, quæ efficere etiam poteſt, ut extrinſecum quodcumque intereſſe in bonæ fidei, imo in ſtricto juris judicio poſſit convenire, *d. l. 12. de act. empt. d. l. 114. & 118. §. ult. de verb. obligat. cum ſimilib.* & in bonæ fidei judiciis, ſi in contrahendo convenerit, ut certo loco

quid præſtaretur, extrinſecum intereſſe etiam circa rem non conſiſtens venit, quin ad arbitrariam actionem confugere creditori opus ſit; & in ſumma ut ſolutionem ad breve tempus, ſeu compendium redigamus, ubi de extrinſeco intereſſe circa rem non conſiſtenti æſtimando quæſtio occurrit, arbitraria noſtra actio de eo quod certo loco non eſt à cæteris ſive bonæ fidei, ſive ſtricti juris judiciis, ſeparanda, ſed quid inter contrahentes convenerit ſpectandum, niſi dicamus in eo arbitrariam noſtram actionem à reliquis judiciis diſtare, quod cum in his extrinſecum intereſſe circa rem ipſam conſiſtens regulariter non æſtimetur, niſi de eo æſtimando inter contrahentes ſit actum, in noſtra tamen actione de eo quod certo loco, quæ ideò arbitraria per emphaſim vocatur, ſemper æſtimatur, quia non aliter competit, quàm ſi locus ſolutioni fuerit adſcriptus, qui circa quodcumque extrinſecum intereſſe conventionem inducit, ſic fari docent, quamvis non hac perſpicuitate Donell. *d. lib.* 26. *comment. cap.* 23. cum de more tranſcribens, alioſque referens Arnold. Vinnius 2. *ſelect. cap.* 28. *per tot.* Leotardus *de uſur. q.* 83. *ex n.* 14. *&* *q.* 96. *n.* 37.

11 Nec ſolùm id quod intereſt, ſed ultrà legitimum modum uſurarum in arbitrariam actionem venire Ulpianus ſcripſit *in d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* quod parum juris noſtri principiis conſonum videtur; ſcimus quippè legitimum modum uſuris impoſitum, quæ duplum ſortis excedere non poſſunt, quamvis id inter contrahentes convenerit, *l. ſi non* 26. *§.* 1. *de condit. indeb. l. Julianus* 13. *§.* 26. *de act. empt. l. placuit* 79. *§. pœna* 44. *de uſur. l.* 4. *in princip. &* *§.* 1. *de nautico fœnore, l.* 40. *l.* 15. *cum ſeq. Cod. de uſur.* Paul. *lib.* 1. *ſentent. tit.* 14. *de uſur.* *§.* 1. qua difficultate coacti variè Ulpianum Doctores interpretantur; & omiſſis quæ tradunt Donell. *in d. §. ult. n.* 7. Cujac. *ad tit. Cod. de ſententiis, quæ pro. tract.* 8. *ad Africanum in l. ſi fundus* 33. *locat.* & Raguelles *ad deciſiones Juſt. in l. un.* putant Conſultum *in d. l* *§. ult.* ut conſtat ex ejus littera, ſolùm de trajectitia agere pecunia, ſeu nautica, cujus nomine utpotè periculo creditoris periculo acceptæ ultrà legitimum modum uſuras ſtipulari poterat, *d. l.* 4. *de naut. fœnor.* Paul. *d. lib.* 2. *ſent. tit.* 14. *§.* 2. poterantque in ſuæ ſententiæ confirmationem expendere ſelectum textum *in l.* 2. *Cod. de naut. fœnore.* Ubi aſſerunt Diocletianus & Maximianus quod qui mutuam pecuniam ea lege dedit, ut in ſacra urbe, ideſt Romæ ſibi reſtitueretur, ſiquidem incertum periculum, quod ex navigatione maris metui ſolet, non ſuſceperit, creditæ pecuniæ ultrà licitum modum uſuras exigere non poteſt, ex qua deciſione inferri videtur, quod ſola loci adjectio abſque incerti periculi ſuſceptione illud operari non poteſt, ut in arbitrariam actionem id quod intereſt vincat ultrà legitimum modum uſurarum; ſed hæc interpretatio meritò diſplicuit Leotardo *de uſur. q.* 71. *n.* 8. *cum ſeq. & q.* 90. *n.* 21. *& ſeq.* quia Ulp. *in d. §. ult.* de pecun. trajectitia ſimpliciter loquitur, ut oſtendunt textus verba: *quid enim ſi trajectitiam pecuniam dederit.* Quam etiam ſine periculo creditoris accipi poſſe conſtat *ex d. l.* 4. *de naut. fœn.* & quia cum generaliter de officio judicis in arbitr. actione pertractet, quamvis ejus exemplo uteretur qui trajectitiam pecuniam Romæ ſuo periculo deſiderat Epheſi recepturum, non quominùs id quod docet, id quod intereſt etiam ultrà legitimum modum uſurarum in arbitrariam actionem venire, generaliter accipi debere, cum exempla regulam non reſtringant, ſed declarent vulg. text. *in l. Regula* 9. *§. ult. verb. & licet, de jur. & fact. ignor. l. damni* 30. *§. ult. de damno infecto* ergo licet Ulp. exemplum in traject. pecunia ponat, generaliter de pecunia certo loco dari, aut reddi promiſsâ eſt accipiendus, ex eo manifeſtè probatur, quod poſtquam *lib.* 27. *ad edict. in d.* *§. ult.* ſuperiorem doctrinam tradiderat *in l. quod ſi* 4. *in princ. hoc tit.* quæ ejus pars & appendix eſt ſub eâdem inſcriptione docet quod ſi creditor in loco ſolutioni deſtinato directâ actione experiatur, ſummam ſolùm in ſtipulationem deductam conſequitur, nec ampliùs quid, niſi aliquid ſit ſtipulatus, quod cum de nautica, ſeu trajectitia pecunia periculo creditoris accepta intelligi non poſſit, ut poſtquam nemo credere conſuevit niſi ſub uſuris, quæ ex ipſa ſtipulatione etiam deſtinato loco exigi poſſunt, arguit etiam *in d. §. de naut.* pecunia ſine periculo creditoris accepta, aut de quacumque pecunia credita certo loco reddi promiſſa Conſultum egiſſe, & in arbitrariam actionem cujuſcumque pecuniæ nomine id quod intereſt ultrà legitimum modum uſurarum venire aſſeveraſſe.

Dicendum itaque eſt potius ex mente Arnoldi *ad d. l. un. Cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt. proferuntur n.* 81. & Leotardi *de uſur. d. q.* 90. *n.* 21. *cum ſeq.* inter uſuras creditæ pecuniæ certo loco dari promiſſæ, & id quod ob moram debitoris ejus pecuniæ nomine intereſt creditoris, in eo magnam differentiam verſari, quod ejus pecuniæ uſuras ultra legitimum modum exigere creditori non licet, quamvis eas fuerit ſtipulatus, niſi incertum navigationis periculum ſuſceperit, ut expreſſe probat textus *in d. l.* 2. *Cod de naut. fœn.* & ſuadet exemplum pecuniæ certo die dari promiſſæ, cujus uſuræ modum à jure præſcriptum excedere non poſſunt, *d. l.* 13. *§.* 26. *de act. empt. d. l.* 15. *& ſeq. Cod. de uſur.* id autem quod intereſt deſtinato loco pecuniam ſolutam eſſe in ratione damni emergentis, aut lucri ceſſantis, etiam ultra legitimum modum uſurarum conſequi per arbitrariam actionem creditor poteſt, quæ eſt Ulpiani ſententia *in d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* eâ æquitatis ratione ſubnixa, quod cum locus in id ſolutioni fuerit incertus, ut creditor eo loco pecuniam accipiens, vel damnum aliquod quod ei imminebat, evitaret, vel aliquod lucrum acquireret, iniquum eſſet, quod ſi mora per debitorem commiſſa damnum pateretur, aut lucrum acquirere deſineret, qui propter fiduciam certo loco accipiendæ pecuniæ aliâ viâ damnum evitaret, aut lucrum facere ceſſat, diſpendium aliquod ob moram debitoris ſentiret: Sed dices; hoc ipſo, quod uſuræ pecuniæ certo loco dari, aut reddi promiſſæ ultra modum legitimum exigi non poſſint, neque id quod intereſt deſtinato loco pecuniam eſſe ſolutam, duplum ſortis poteſt excedere; ergò falſa eſt differentia inter uſuras, & id quod intereſt aſſignata: antecedens probatur, ſic etiam jure digeſtorum, ejus quod intereſt æſtimatio intra dupli modum exerceretur *l.* 44. *juncta l. præced. de act. empt. l.* 37. *de evict.* & 12

generaliter conſtitutionem Juſtiniani *in d. l. un. Cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt.* Licet in caſibus incertis ejus quod intereſt æſtimationis modus præfixus non ſit; in eis tamen caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, id eſt, in quibus res, vel factum in obligationem deductum certam æſtimationem recipit, id, quod intereſt duplum excedere prohibetur, ut latè & doctè explicant Donellus *d. lib. 26. comment. cap. 17. cum 4. ſeq.* Cujac. *in d. l. un.* Leotardus *d. q. 90. per tot.* ergo quoties res certam æſtimationem recipiens certo loco dari promittitur, id quod intereſt in arbitraria actione ultrà duplum æſtimari non poteſt. Cui difficultati, omiſſâ ſolutione. Dom. Reies, qui *d. 2. p. de verb. obligat. tract. 4. n. 43.* aſſerit Ulpiani ſententiam *in d. §. ult.* abrogatam eſſe per conſtitutionem Juſtiniani *in d. l. un.* reſpondendum cum Anton. Perez *ad d. l. un. n. 18.* etiam poſt Juſtinianum in arbitraria ejus quod intereſt æſtimationem excedere poſſe duplum; tum quia adhuc jure hodierno pœna conventionalis certis finibus concluſa non eſt, ſed duplum poteſt excedere in meliori ſententia, quam defendunt Donell. *d. lib. 26. cap. ult.* Anton. Perez *in d. l. un. n. 21. cum ſeq.* Arnoldus ad eamdem legem *ex n. 166.* Leotardus *d. q. 90. ex n. 32.* loci autem adjectio circa ejus quod intereſt præſtationem, conventionem inducit, ut dixi *n. 10.* tum etiam quia pœna conventionalis ſuper pecuniam duplum excedere non poteſt, tanquam in fraudem uſurarum adjecta, *d. l. 13. §. 26. de act. empt. cum ſimilib.* Leotardus ubi nuper *n. 34.* hæc tamen doctrina ad pecuniam certo loco dari, aut reddi promiſſam pertinere poteſt, quia non aliter de eo, quod actoris intereſt æſtimando in arbitraria actione tractatur, quam ſi debitor moram commiſerit, ut *n. 1. 2. & 3.* fundavi. Pœna autem conventionalis etiam ſuper pecunia, quoties non tam lucri causâ, quàm ad aperiendam moram, ſeu perfidiam debitoris apponitur, modum à lege præſcriptum, ideſt duplum excedere non vetatur, *l. Lucius 47. de act. empt.* tradunt Caſtrenſis, Cujacius & Anton. Faber *in d. l. 13. §. 26. & l. 45. de act. empt.* & Retes *d. p. de verb. obligat. tract. 1. de pœnali ſtipulatione princip. 6. n. 48. cum ſeq.*

13 Sed non in eo ſiſtit judicis officium, quia de arbitraria actione cognoſcit, quod vel excedere, vel minuere quantitatem in obligationem deductam debuit, quod ex ipſa Prætoris formula tribuitur, quam ſic conceptam fuiſſe aut concipi debuiſſe conſtat, *ſi apparet Titium decem Capuæ debere, nec in eo loco pecuniam debito tempore ſolviſſe, judex ex arbitrio ſuo condemnato,* ut Bachovius rectè ſentit *2. p. diſput. 7. de actionib. arbitr. theſ. 1.* imò latius patet, & eò uſque progreditur, ut interdùm abſolvere reum debeat cautione ab eo exactâ de pecunia ſibi ſolvenda ubi promiſſa eſt; quod triplici caſu accidere poſſe docuit Ulpianus *in l. 4. §. 5. hoc tit.* primò ſi debitor in loco ſolutioni deſtinato pecuniam obtulerat creditori, quam ipſe accipere recuſavit, tunc alio loco per arbitrariam actionem conventus ab inſtantia judicis abſolvitur, & ad locum ſolutioni deſtinatum remittitur. Secundò ſi debitor, cum in locum condictum ſolvendi causâ veniſſet, & nec creditorem inveniſſet, ibi depoſuerit pecuniam, qui duo caſus intelligi non debent de obligatione, quam obſignatio & depoſitio coram judice ſolemniter factæ fuiſſent ſecutæ; tunc enim reus tanquam ipſo liberatus jure per obſignationem, quæ ſolutionis vicem gerit, *l. 19. Cod. de uſur. l. 9. Cod. de ſolut.* non modo ab inſtantia judicis abſolveretur, ſed nec ad deſignatum locum remitteretur, nec ullam cautionem præſtare cogeretur, ſed de obligatione & depoſitione privata, quæ etſi obligationem non extinguant, à mora liberant debitorem, & creditorem in mora conſtituunt, *l. ult. de lege commiſſoria l. 72. de ſolutionibus,* ut explicant Donellus *in d. l. 4. §. 1. n. 1.* & alii communiter. Tertiò denique ſi debitor in loco ſolutioni deſtinato facile ſolvere pecuniam poſſit? his omnibus caſibus æquitas, quam intueri debet judex, qui de arbitraria actione cognoſcit, poſtulat ut reus abſolvatur, vel ad locum ſolutioni deſtinatum remittatur, dummodò de pecunia ibi ſolvenda cautionem præſtet, quo tanquàm ex officio judicis poſt litem conteſtatam interpoſita judicialis eſt, non præterea ex regula textus *in l. 5.* juncto ibi Donello *de verb. obligat.* nec pignora, aut fidejuſſores requirit, ſed nudam ſolùm repromiſſionem ex regula textus *in l. 3. Cod. de verb. ſignif.* ut Anton. Faber *in rat. ad d. l. 4. §. 1. & de error. pragm. decade 90. errore 2.* ubi quæ contra juris rationem dixerat *lib. 15. conject. cap. 2.* retractare non erubeſcit. Nec mirùm videatur quod reus abſolvatur, & cautionem ſimul præſtare jubeatur, quod ſapit in condemnationis ſpeciem, *l. in omnibus 41. de iudic.* Nam prætterquam quod id in jure novum non eſſe conſtat *ex l. ſi 22. de rei vindicat.* ut Bochov. ubi ſuprà *theſ. 2.* dici etiam non improbabiliter poſſet reum in ſuperioribus caſibus ſolùm abſolvi, non condemnari adhue ad præſtandam cautionem, quam ante ſententiam præſtare jubetur, ut probant verba textus, *cautione ab eo exactâ,* quæ eum in hanc conditionem reſolvantur, *ſi cautio ab eo fuerit exacta,* ex vulg. reg. text. *in l. 109. de cond. & demonſtr.* ſatis demonſtrant non priùs reum abſolvi debere, quàm de pecunia deſtinato loco ſolvenda cautionem præſtiterit, quod judicialis cautionis naturæ valdè eſt conforme; quippè non aliæ ſint partes judicis, quàm ut reum abſolvat, vel condemnet, *l. 1. de re judicata.* Congruit omninò ut reus ante ſententiam cavere jubeatur, & ſi cautionem præſtiterit, abſolvatur, ſi verò cavere noluerit, ad pecuniam ſolvendam per actionem arbitrariam condemnetur.

Utrum autem hujuſmodi cautio per nudam 14
ſolum repromiſſionem expediatur, non fruſtrà quæritur, cui bono ſit imponenda? cum eâ etiam non interpoſitâ; deſtinato loco pecunia peti poſſit, & ubi ex cauſa ſtipulationis cum deſignatione loci conceptæ arbitraria actio exercetur, inanis omninò videtur, quia quivis idem promittit, non ampliùs quàm ſemel obligatur, *l. qui bis 18. de verbor. obligat.* cui dubio reſpondet D. Retes *d. 2. p. de verb. obligat. tract. 4. n. 44.* ideò neceſſariam eſſe cautionem, quia cum per litis conteſtationem neceſſaria novatio contingat, per quam actio in judicium deducta extinguitur, *l. 21. §. 1. l. 19. de novat.* non aliter reus poſſet deſtinato loco conveniri, quàm ſi per novam ſtipulationem ſe ibi ſoluturum promiſiſſet. Hæc ratio, quam autor ſubtilem & obſervatione dignam cenſet, mihi tantò Præceptore videtur indigna, qui animadvertere debuit

per condemnatoriam ſolùm , non etiam per ſolutoriam ſententiam neceſſariam novationem contingere, *l. 25. de dolo l. 3. & per tot. tit. de exceptione rei judicatæ*, quia cum omnis novatio ſit prioris obligationis tranſactio, atque tranſlatio, *l. 1. de novat.* tum demum per ſententiam novatio inducitur, cum priſtina actio in judicati actionem transfunditur, quod per condemnatoriam ſolum ſententiam fieri conſtat, ut tradit Valentia 2. *illuſt. tract. 2. cap. 9. n. 5. cum ſeq.* ergo cum *in d. l. 4. §. 1.* abſolutoria ſententia fuerit prolata, nulla potuit neceſſaria novatio contingere, cujus metus judicialem cautionem expoſceret. Quapropter rectius Donellus *in d. §. 1. n. 4.* cautionis neceſſitatem ex eo provenire contendit, quod cum reus per judicem abſolutus creditorem deſtinato loco agentem poſſet rei judicatæ exceptione ſubmovere, *d. l. 3. & per tot. de except. rei judicatæ.* Nova ſtipulatione opus eſt, cujus nomine utpote in judicium non deductæ, rei judicatæ exceptio reo competere non poteſt, cui rationi illa etiam accidit, quod cautio ad faciliorem probationem deſervit, ut creditor deſtinato loco directam actionem exercens ad ſuum poſſit pervenire; quæ de officio judicis in arbitraria actione egiſſe ſufficiat.

CAPUT IV.

An & quatenus adversùs fidejuſſorem arbitraria actio competat diſceptatur, pro explicatione textus in l. centum Capuæ 8. & in l. ult. hoc tit.

1 VIdimus quænam ſint partes judicis in arbitr. actione contra eum qui in certum locum ſolutionem deſtinavit; nunc an, & quatenùs adversùs fidejuſſorem arbitraria actio poſſit exerceri, opus eſt diſceptare; pro cujus difficilis non minùs quàm utilis noſtri tractatus partis intelligentia ſupponendum eſt, non aliter fidejuſſorem poſſe per arbitrariam actionem conveniri, quàm ſi cum adjectione loci fuerit conceptus, nec ſemper cum adjectione loci utiliter accidit, ſed tunc ſolùm cum ſe eo loco ſoluturum promittit, in quem reus principalis ſolutionem deſtinavit at ecce, pro eo qui purè obligatus eſt, fidejuſſor cum adjectione loci inutiliter accipitur, *l. fidejuſſor 16. §. 1. de fidejuſſorib.* Sed obſtat quod fidejuſſor poteſt in leviorem cauſam obligari, quàm reus principalis, *l. 8. §. illud 7. & 10. cum ſeq. l. hi qui 34. eod. tit.* & pro reo purè accepto ex die, vel ſub conditione poteſt accipi, *d. l. 8. §. 7. verb. item §. fidejuſſores 5. in eod. tit.* ſed levior eſt cauſa ejus, qui certo loco ſolvere promiſit, quàm ejus, qui purè promittit, cum diſpoſitio quælibet cum adjectione loci concepta in diem differatur, ſeu tacitum tempus comprehendat, *l. 2. §. 6. hoc tit. cum vulg.* ergò pro reo purè obligato cum adjectione loci fidejuſſor accipi poteſt. Prævidiſſe, ſimulque diluiſſe difficultatem videtur Julianus *in d. l. 16. §. 1.* dum docet, ideò pro reo purè obligato fidejuſſorem non rectè cum adjectione loci intercedere, quia qui certo loco dare promittit, aliquatenùs duriori conditione obligatur, quàm ſi purè promiſiſſet; nullo enim alio loco quam in quem promiſit, ſolvere invito ſtipulatori poteſt, quaſi diceret, poſſe quidem pro reo purè accepto ex certo die fidejuſſorem obligari, quia omnimodò in leviorem cauſam accipitur, & poteſt ante diem ſuo jure ſolvere, ut dixi *cap. 2. n. 18.* nec ante poteſt àd ſolutionem compelli, nec tamen poteſt pro reo purè obligato cum adjectione loci fidejuſſorem obligari, quia licet ob taciti temporis dilationem in leviorem cauſam fidejuſſiſſe intelligatur, quia tamen alio loco ſolvere reluctanti creditori non poſſet, in duriorem cauſam acceptus invenitur; unde obſervare libet elegantiam Juliani, qui non dixit eum qui certo loco ſolvere promiſit, omnimodò in duriorem cauſam obligari, quàm ſi purè promiſiſſet, ſed aliquatenus duriori conditione obligari ſignificans taciti temporis intercapedine inſpectâ leviùs obligari, ſolutionis autem expediendæ reſtrictione attentâ, duriori conditione obligari. Inſtabis tamen adhuc. Pro eo qui certo loco dare promiſit fidejuſſor purè inutiliter intercedit; quia durior eſt cauſa ejus qui promiſit, quàm ejus qui certo loco dare promiſit, ut probant poſteà explicandi textus *in l. 49. §. ult. l. 63. de fidejuſſorib.* ergo è contrario pro eo, qui purè promiſit, fidejuſſor cum adjectione loci utiliter intercedit; ſed hujus etiam difficultatis ſolutio ex ſententia Juliani *in d. l. 16. §. 1.* facile deſumitur, ſive diluitur, ſi dicamus obligationem cum loci adjectione conceptam aliquatenùs duriorem, aliquatenùs leviorem eſſe, quàm obligationem purè contractam; & ſic rectè ſtare fidejuſſorem, qui nullo in ſenſu in duriorem cauſam poteſt obligari, quàm reus principalis, *d. l. 8. §. 7.* nec pro eo qui purè debet, poſſe cum adjectione loci obligari, ne quatenùs alio loco ſolvere non poteſt contra juris formam duriori conditioni redderetur obnoxius, nec pro eo qui certo loco dare promiſit, pure accipi poſſe, nec pro eo qui certo loco, & licet non ſub conditione, *l. 19. §. 1. de condit. & demonſt.* in diem tamen tacitum debet purè obligatus inveniri contra regulam textus *in d. l. 8. §. 7. & in l. 16. §. 1. de fidejuſſoribus.* quæ non ſolum prohibet pro reo in expreſſum diem obligato purè fidejuſſorem adhiberi, ſed & pro certo loco obligato purè vetat intercedere, ut probat elegans & ſingularis ad 2 rem textus *in l. ſi ita 14. de verb. obligat.* ubi pro eo qui domum ædificare promiſit ante elapſum tempus, quo domus ædificari potuerit, fidejuſſor acceptus non tenetur; tunc ſic, quia ſtipulatio, quâ domus ædificanda promittatur, ex re ipſa taciti temporis dilationem capit, *l. 98. §. 1. eod. tit. cum ſimilib.* pro eo qui domum ædificare promiſit, fidejuſſor accipi non poteſt: ergo pro reo in diem tacitum obligato fidejuſſor purè obligari non poteſt, ac per conſequens nec pro eo; qui pro certo loco promiſit, & ſic in diem tacitum, quem ſtipulatio cum deſignatione loci con-

cepta complectitur, purè poterit intercedere.

2 Solum itaque pro eo qui certo loco debet, fidejuſſor cum adjectione loci utiliter obligatur; dummodo eo ipſo loco ſe ſolutorum promittat, quem reus principalis ſolutioni deſtinavit; alioquin ſi fidejuſſor alio loco ſe ſoluturum promittat, inutiliter accipitur, ut tradit Julianus *in l. 16. §. 1. de fidejuſſoribus*, ubi pro eo qui Romæ conſtitutus Capuæ dare promiſit, fidejuſſor Epheſi dare promittens, perinde non obligari dicitur, ac ſi pro eo qui ſub conditione promiſiſſet in diem certum, vel purè promiſiſſet. Quæ quidem Juliani deciſio ex eo dubitationem recipit, quod cum evenire facile poſſet, ut locus, quo fidejuſſor dare promittit, ſit remotior, quàm locus quo reus principalis dare promiſiſſet, prout *in l. 16. §. 2.* contingere notarunt Cujacius *lib. 53. digeſtorum* Julian. & Connanus 6. *comment. cap.* 6. tunc ſane dicendum videbatur, fidejuſſorem alio loco rectè promittere quia propter majorem dilationem, quam major loci diſtantia debet inducere, in leviorem cauſam, quam reus principalis obligatur. Accedit quod qui certo loco debet, alio loco ſe ſoluturum rectè conſtituit, *l. cum 5. in princip. de conſtit. pecun.* nec ferendi Cujacius, & Conan. quatenus aſſerunt ideò *in d. l. 16. §. 2.* fidejuſſorem non obligari, & in duriorem cauſam acceptum intelligi, quia locus, quo ipſe promiſerat, remotior erat, quàm is quo reus principalis promiſit, & quò remotiori loco quis promittit, eò durius obligatur; nam ut nuper dicebam, major loci diſtantia ampliorem dilationem, & leviorem cauſam inducit, nec ſemper majorem expediendæ ſolutionis difficultatem continet, cum ſæpè contingat, ut propter negotiationes, quas remotiori loco quis exercet, in eo facilius quàm in propinquiori ſolutionem poſſit expedire argum. textus *in l. fraudem* 10. *qui & à quibus.* quare ut ſpecioſam Juliani ſententiam *in d. l. 16. §. 1. & 2.* ſola juris ratione duce penitus explicemus, ſciendum eſt quod vulgo traditur, fidejuſſorem in duriorem cauſam obligari non poſſe, quam reum principalem, *d. l. 8. §. 7. de fidejuſſorib.* quia acceſſio eſt principalis obligationis, *l. in omnibus 43. de ſolut.* non ſic intelligi debere, quaſi non poſſit fidejuſſor efficacius obligari, aut fortiori vinculo adſtringi, quàm reus principalis; hoc enim convenit potius quam repugnat naturæ fidejuſſionis, quæ principalis obligationis formandæ cauſâ adhibetur, & eò majorem ſecuritatem affert creditori, quò efficacius fidejuſſorem adſtringit; quâ ratione pro reo naturaliter tantùm obligato acceptus fidejuſſor non modo naturaliter, ſed civiliter obligatur, *l. 6. §. ult. cum l. ſeq. d. l. 16. §. 3. de fidejuſſor. cum aliis.* & pro eo, qui ſine pignore debet, fidejuſſor dato pignore utiliter intercedit, ut mihi probat textus *in l. Pompon. 5. §. ult. in quibus cauſis pignus vel hypot. l. 59. de fidejuſſorib.* juncto ibi Cujacio *4. reſp. Pauli.* ſed id potius intelligendum eſt ut fidejuſſor plus debere non poſſit, quam reus principalis, ideſt ut in plus extenſive non poſſit obligari, *d. §. 5. de fidejuſſor.* tradunt Donell. & Oſſualdus 15. *comment. cap.* 18. ex quo vulgari principio vera ratio deducitur propter quam pro eo purè obligato non poteſt fidejuſſor, cum adjectione loci obligari, ut diximus *ex d. l. 16. §. 1.* quapropter ſolvendi facultatem ad certum locum reſtrictam præter ſortem in principali obligatione comprehenſam etiam loci utilitatem deberet, & ſic contra juris formam in plus extenſive, quàm reus principalis obligaretur; & id ſibi voluit Julianus, dum dixit, ideò pro reo purè obligato cum adjectione loci fidejuſſorem accipi non poſſe, quia eatenùs duriori conditione adſtringeretur, quatenus alio loco ſolvere invito creditori non poſſet, quæ doctrina per argumentum à minori ad majus non ineleganter probatur *ex d. l. 34. de fidejuſſorib.* ubi pro eo qui ita promiſit, ut ſtipulanti aut adjecto poſſit ſolvere fidejuſſor ita promittens, ut ſtipulanti, non etiam adjecto ſolvere poſſit, in deteriorem cauſam accipi, & non obligari dicitur, quia quod fidejuſſor ſtipulanti poſſit ſolum ſolvere, non majorem obligationis efficaciam inducit, ſed ſolutionis explicandæ facultatem reſtringit; tunc ſic: en ubi fidejuſſor, cui libera ſolvendi facultas coarctatur, licet non majorem ſummam promiſerit, quam reus principalis in deteriorem cauſam acceptus cenſetur; ergò fortiori ratione fidejuſſor pro reo purè obligato cum adjectione loci intercedens in deteriorem conditionem debitus cenſendus eſt, cum non ſolum minus liberam haberet ſolvendi facultatem, quàm reus pro quo interceſſit, ſed & præter ſortem in principali obligatione contentam, loci utilitatem deberet.

Scire autem oportet fidejuſſorem non ſolum in 3
duriorem cauſam accipi non poſſe, ſed nec in aliam obligationem, *d. l. 8. §. ſi quis 8. §. de fidejuſſorib.* aliam autem obligationem dum dicimus, eam intelligimus, in quam diverſa res deducitur, quam in principalem non eam, quæ cum circa rem eandem conſiſtat, diverſa ſit ab obligatione principali, nil enim prohibet fidejuſſoriam obligationem eſſe diverſâ à principali, dummodo una eademque res in utramque deducatur ut Ulpianus dicit. v. g. in diem aut ſub conditione concepta obligatio diverſa quidem eſt ab ea, quæ purè contrahitur, *l. 1. §. ſi quis 3. de verb. obligat. §. omnis 2. inſt. eod. tit.* & tamen pro reo jure obligato poteſt fidejuſſor in diem, vel ſub conditione obligari, *d. l. 5. §. 7. de fidejuſſor.* diverſa etiam naturalis tantum obligatio à mixta obligatione, & pro reo naturaliter tantum obligato poteſt fidejuſſor naturaliter & civiliter obligari, ut nuper dixi. ſimiliter quamvis alternativa obligatio à ſimplici differat, *l. inter ſtipulantem 85. §. 2. de verb. obligat.* pro eo, qui duo alternative promiſit, unum ſimpliciter fidejuſſor rectè promittit, *l. 34. verb. quid ergo de fidejuſſor.* ubi Cujac. 7. *paul. ad edict.* rem melius expedivit, quam Cheſius *lib. 1. interpret. cap. 44. per tot.* & licet conjunctiva obligatio multum diſtet ab alternativa pro eo, qui duo conjunctim, eadem duo alternative poteſt fidejuſſor promittere, *d. l. 8. §. ſed 11. de fidejuſſor.* & denique alia eſt obligatio verbis contracta à cæteris obligationibus, quæ re, litteris, aut nudo conſenſu contrahuntur, vel quaſi ex contractu, delicto, aut quaſi delicto naſcuntur, *l. 52. per tot. de obligat. & act.* & tamen pro reo ex qualibet cauſa obligato rectè fidejuſſor promittit, *l. 1. l. 8. §. 7. cum ſeq. de fidejuſſor.* quia his omnibus caſibus in eandem rem, quam reus debet, fidejuſſor accipitur, quamvis diverſimodè obligetur, in aliam autem rem, ideſt quæ in principali obligatione non continetur, fidejuſſor, ſive non durior, ſive levior ejus conditio fiat, non obligatur, quia non poteſt eſſe in acceſſoria obligatione quod non eſt in principali, *l. 42. de fidejuſſor.* cujus rei unum

aut

Digitized by Google

aut alterum exemplum proponam, ſi pro eo, qui decem promiſit, fidejuſſor decem, aut Sthicum promittat, durior quidem ejus conditio non ſit, quam ſi decem ſolum promiſiſſet, quia quantitas perire non poteſt, *l.* 11. *Cod. ſi certum pet.* & licet Sthico decedente in primo adhuc teneretur, *l.* 2. §. 3. *hoc tit. cum aliis. cap.* 2. *n.* 9. idem contingeret, etſi ſola decem dare promiſiſſet, & tamen quia Sthicum promiſit, qui non erat in principali obligatione, perinde non obligari dicitur, ac ſi pro eo qui Sthicum promiſerat, Sthicum aut decem promiſiſſet, quamvis tunc etiam in duriorem cauſam acciperetur, utpote cum futurum eſſet, ut decedente Sthico, & liberato reo priocipali, in decem adhuc teneretur, *d. l.* 8. §. 8. *de fidejuſſor.* docet Cujac. 72. *Paul. ad edict. in d. l.* 34. *eod.* pariter ſi pro eo, qui Sthicum aut Pamphilum, utrum ipſe vellet promiſit, vel promiſerit, fidejuſſor Sibicum aut Pamphilum, utrum voluiſſet promiſerit, quamvis levior ſit ejus conditio ob electionem, *d. l.* 8. §. 9. *cum ſeq.* non obligatur, quia futurum eſſet in ejus poteſtate aliud velle, quam reus voluiſſet, ſicque in aliam rem obligari, *l.* 38. *de fidejuſſorib.*

4 Ex quibus principiis lumen accipit textus *in d. l.* 16. §. 2. *de fidejuſſor.* cujus deciſionem quatenus aſſerit, fidejuſſurem non rectè alio loco promittere, quam quo reus principalis promiſit ultra interpretum, quos viderim placita indiſtincte intelligendum contendo, ſive remotiori, ſive propinquiori loco promittat, ſive durior, ſive levior ſit ejus conditio, quia in aliam, quam quæ eſt in obligatione principali accipitur in diverſam ſcilicet loci utilitatem, quam non debet reus principalis, cum locorum diverſitas utilitatum diverſitatem ſecum afferat, *d. l.* 3. *hoc tit. d. l.* 63. §. *ult ad Falcid.* Dices tamen, & forſan non inſubtiliter fidejuſſorem alio loco promittentem, dummodo durior ejus conditio non ſit, in eandem, non in diverſam rem obligari; aſſumptum ex eo probatur, quod licet locus adjectus ſit obligationis acceſſio, *l.* 44. §. 4. *de obligat. & act.* poteſt tamen alius locus in perſonam ſtipulantis, alius in adjecti perſonam deſignari eo defectu, ut debitor adjecto ſolutionis loco in ejus perſonam collato, ipſo jure ab obligatione liberetur, *l.* 98. §. 6. *de ſolut.* quod fieri non poteſt, ſi alia res in perſonam ſtipulantis, alia in adjecti perſonam fuiſſet deſignata, prout eum textum explicavimus *cap.* 2. *n.* 25. ergo ex eadem ratione fidejuſſor poterit alio loco promittere, quam quo reus principalis promiſit, dummodo in duriorem cauſam acceptus non ſit; Pro cujus difficultatis ſolutione noviter conſidero ex textu *in d. l.* 98. §. 6. manifeſtè conſtare Julianum ſenſiſſe locorum diverſitatem utilitatum diverſitatem inducere, ut ex ejus ſententia refert Paulus inde dubitandi rationem deſumens, qua non obſtante reſpondet debitorem adjecto ſolventem loco in ejus perſonam deſignato ipſo jure liberari, quia una eademque res tam in adjecti, quam in ſtipulantis perſonam fuit deſignata, quamvis locorum utilitas diverſa ſit, nec loci diverſitas tanquam ex voluntate creditoris proveniens poteſt liberationem impedire, ad quam inducendam rei identitatem locorum diverſitati prævalere Paulus contendit: Non idem de fidejuſſore eſt dicendum, cujus reſpectu locorum diverſitatem ſortis identitati prævalere ſentit Julianus *in d. l.* 18. §. 2. ita ut licet in eandem ſortem accipiatur ob loci diverſitatem non obligetur? quia cum faveamus liberationi plus quam obligationi, *l. Africanus* 47. *de obligat. & act.* rapimus occaſionem, quæ præbet benignius reſponſum juxta textum *in l.* 168. *de reg. jur.* id eſt per quam non obligationem, ſed liberationem adſtruimus. Sed replicabis, Julianus *in d. l.* 16. §. 1. docet fidejuſſorem non obligari, quod in aliam obligationem, ſed quod in duriorem cauſam accipitur, ut probat exemplum, quo utitur, fidejuſſoris in diem certum, vel purè promittentis pro reo ſub conditione obligato, qui ideo non obligatur, quia in duriorem cauſam accipitur. Ergo ſi quando contigerit locorum diverſitatem leviorem, aut ſaltem non duriorem fidejuſſoris conditionem efficere, ex mente Juliani fidejuſſor poterit obligari; facile tamen reſpondetur, quod cum neceſſarium non ſit ut paritas curras in omnibus; ex Juliani ſententia eſt, ut ſcilicet in utroque caſu fidejuſſoria obligatio non conſiſtat, ex diverſis tamen rationibus in primo, quo diſputamus, quia in aliam obligationem in ſecundo, quia in duriorem cauſam fidejuſſor accipitur. Nec tunc obſtat textus *in d. l.* 1. *in princip. de conſtit. pecun.* pro cujus expoſitione obſervandum illud commune eſſe in univerſis, quæ pro aliis obligantur tam conſtitutæ pecuniæ rei, quam fidejuſſoribus, ut doctè explicat Anton. Faber *in ration. ad textum in d. l.* 4. *de conſtit. pecun.* ut in duriorem cauſam adhiberi non poſſit, *d. l.* 8. §. 7. *de fidejuſſor.* nec in aliam etiam obligationem, & ſic pro eo, qui certo loco debet, alterum ſe alio loco ſoluturum inutiliter conſtituere; Nec concontrarium probat textus *in d. l.* 5. nam eum caſum continet, quo is, qui certo loco debebat, alio loco ſe ſolutorum conſtituit; ubi autem quis pro ſe ipſo ſoluturum conſtituit ſicuti poteſt, in duriorem conditionem obſtringi, ut præter textum *in l.* 4. probat textus ad rem non animadverſus *in l.* 8. *de conſt. pecun.* pro cujus conciliatione *cum l.* 59. *de ſolut.* videndus Cujacius 8. *q. Papin. in l.* 9. *de conſt. pecun.* ſi conferatur *cum d. l.* 34. *de fidejuſſor.* ſicque in aliam obligationem accipi, ſeu diverſam rem poteſt conſtituere juxta textum ſic meo judicio intelligendum & reſtringendum *in l.* 1. §. 25. *de conſt. pecun.* ac proinde licet certo loco debeat, ſe ſoluturum rectè conſtituit, quin propter locorum diverſitatem conſtitutum reddatur inutile, quod ſi ab extraneo ſit factum, inutile prorsùs eſſet.

Venit ex eiſdem principiis intelligenda electa & ſingularis Papiniani ſententia *in l.* 9. §. *ult.* 5
de duobus reis, ubi ait duos promittendi reos utiliter conſtitui, ſi ambo quamvis diverſis locis commorantes eodem loco eandem pecuniam dare promiſerint, ita tamen ut in perſona cujuſque proprii temporis ratio habeatur; temporis namque diverſitas non vitiat duorum reorum conſtitutionem, *l.* 7. *de duobus reis* §. *ult. inſt. eod.* ſicuti nec intervallum inter utramque ſtipulationem, ut docent Cujacius *lib.* 27. *q. Papin. in d. l.* 9. §. *ult.* Donellus *ad textum de duobus reis cap.* 4. *n.* 8. Ches. *lib.* 2. *interpret. cap.* 38. ſignanter autem, nec ſine myſterio ponit Papinianus utrumque reum eodem loco pecuniam dare promiſiſſe, ſcilicet ut doceat quod locorum diverſitas duorum reorum

conſtitutionem vitiaret, quamvis contrarium teneant Ronchegallus *in d. 7. n. 4.* & Cujacius ubi nuper; cujus rei eam eſſe rationem puto, quod cum quæritur, utrum diſparitas obligationis duorum reorum conſtitutionem vitiet? ſic diſtinguitur; aut ea eſt diſparitas, quæ non impedit, ut utroque reo ſit commune beneficium liberationis, ſeu ut uno ſolvente alter liberetur, & non facit quominùs duo rei conſtituantur, *d. l. 7.* aut talis eſt quæ efficit, ut commune non ſit liberationis beneficium, ſive ut uno ſolvente alter liberari non poſſit, & tunc vitiat reorum conſtitutionem, cujus pretium eſt ut unica ſolutione duæ pluresvè obligationes perimantur, *l. 2. de duobus reis §. 1. inſt. eod. tit.* ut ecce, ſi una eademque res in utraque obligatione vertatur, duo rei non conſtituantur, *l. 9. §. 1.* ibi juncto Cujacio; & eadem ratione ſi duo eandem pecuniam diverſis locis dare promiſerint, duo rei conſtitui non poſſunt, qui cum ſinguli proprii loci debeant utilitatem, unus ex eis loco in ſuam perſonam deſignato ſolvens non poteſt alterius obligationem, in qua diverſa loci utilitas continetur, extinguere.

6 Conſtat ergo in his omnibus, nec pro reo purè obligato fidejuſſorem cum adjectione loci accipi poſſe, nec pro certo loco obligato purè, aut alio loco rectè promittere, quod ſic debet explicari, ut inutilis omninò ſit fidejuſſoria obligatio, ſicuti & in totum eſt inefficax, ubi pro reo in diem, aut ſub conditione obligatu fidejuſſor purè accipitur in veriori ſententia, quam tuentur plures, quos refert Oſſualdus, *d. lib. 15. comment.* Donell. *cap. 48. littera Z.* ac proindè tunc ſolùm cum adjectione loci fidejuſſorem utiliter intercedere; cum eodem loco ſe ſoluturum promittit; imò ſi ſimpliciter promiſerit, breviter creditur eo loco, quo reus principalis promiſit ſe ſoluturum promiſiſſe, diſertus textus *in l. 61. de fidejuſſorib.* ubi Cujacius 15. *reſp. Pauli* Cheſius 1. *interpr. cap. 41. n. 5. & 6.* quiſquis ſimpliciter fidejubet, id promittere intelligitur, quod principali obligatione continetur, *l. ubi autem 75. §. 6. verb. & adhuc de verb. obligat.* conducit ab argumento textus *in §. præterea 5. verb. nam ſi hoc ſolum inſt. de inut.* Nec quidquam intereſt, an breviori, an longiori temporis intervallo poſſit fidejuſſor ad locum ſolutioni deſtinatum pervenire, quam reus principalis, fidejuſſoria autem obligatio taciti temporis conditionem recipit ex utriuſque perſona, id eſt tam rei promittendi, quàm ipſius fidejuſſoris, ut pro regula tradit Papinianus, *in l. 49. §. ult. de fidejuſſor.* quam duplici exemplo ſubjecto confirmat. Primum hoc eſt, ſi cum reus promittendi Capuæ eſſet fidejuſſor Romæ exiſtens, eamdem pecuniam Capuæ dare promiſerit, licet reus principalis ſtatim conveniri poſſit, fidejuſſor tamen non poteſt, donec id tempus tranſierit, quo Capuam ipſe pervenire potuerit. Secundum eſt è converſo, ſi eum reus Romæ exiſtens, Capuæ dare promiſerit, fidejuſſor Capuæ exiſtens dare promittat, qui non ante poteſt conveniri, quàm poſt tranſactum tempus, quo reus promittendi Capuam pervenire debuerit; neque enim fidejuſſor priùs conveniri poteſt, quam poſſit reus principalis; textus ſic intelligendus *in l. fidejuſſor 57. de fidejuſſor.* alioquin contra juris formam in duriorem contra cauſam acceptus intelligeretur. Sed obſtat quod in primo exemplo pro reo purè obligato, qui ſcilicet Capoæ exiſtens promiſit cum adjectione loci, & in ſecundo pro reo certo loco obligato fidejuſſor purè promiſiſſe videtur contra nuper tradita principia; quæ difficultas facilè ſolvitur, dicamus in priori exemplo reum cum adjectione loci Capuæ. Scilicet, ubi exiſtebat dare promiſiſſe, & fidejuſſorem eodem loco dare ſpopondiſſe, & in poſteriori pro reo, qui Romæ exiſtens Capuæ dare promiſit, Capuæ fidejuſſorem exiſtentem ibi etiam ſive expreſsè, ſive ſimpliciter dare promiſiſſe, ut ſupponit Cujacius *lib. 17. q. Papin. in d. l. 49. §. ult.* nec fruſtrà eſt quod Capuæ exiſtens ibi nominatim dare promittat, quia eum parit effectum, ut quocumque loco per arbitrariam agatur, ſemper deſtinati loci utilitas æſtimetur, dici etiam poteſt cum Donello ad text. *in l. 8. hoc tit. n. 5.* in utroque exemplo tam reum quam fidejuſſorem promiſſionis tempore Romæ extitiſſe, & aut in primo fidejuſſorem, aut in ſecundo reum felici aliqua, aut inſolita navigatione uſum priùs Capuam perveniſſe. Et ſupponi tandem poteſt præeunte Cujacio in primo exemplo reum Romæ exiſtentem Capuæ laxè promiſiſſe, & illuc perveniſſe, poſteaque fidejuſſorem cum ejuſdem loci adjectione dediſſe: quod fieri poſſe conſtat *ex d. l. 6. in princip. de fidejuſſor.* & in ſecundo fidejuſſorem, qui futuræ etiam obligationi poteſt adhiberi *d. l. 6. §. ult.* Romæ exiſtentem Capuæ dare promiſiſſe, & illuc priùs perveniſſe, quàm reus principalis promitteret, quamvis vix eſt, ut ſecundo exemplo hæc ſuppoſitio conveniat, in quo expreſsè ait Papin. fidejuſſorem Capuæ ſpopondiſſe. Nec hanc doctrinam evertet, imò eleganter firmat Africanus *in d. l. 8. hoc tit.* dum aſſerit quod ſi fidejuſſor eodem loco dare promiſerit, quo reus debet, à fidejuſſore ſimiliter, ut ab ipſo reo pecunia peti debet; hoc quippè non eò pertinet, ut eo tempore fidejuſſor poſſit conveniri, quo reus principalis, imò efficit, quod cum fidejuſſor perindè ac reus principalis obligetur, non poſſit conveniri ante elapſum tempus, quoad deſtinatum locum pervenire potuerit, quamvis reus ſtatim conveniri poſſit; nam ut ait Papinianus *in d. l. 49. §. ult.* nec reus in eiſdem terminis ſcilicet, ſi ad eum locum nondum pervenire debuiſſet, poſſet conveniri, ut Donellus *in d. l. 8. hoc tit. n. 5. & 6. lib. 27. q. Papin. in l. 49. §. ult.*

Ex eo autem, quod fidejuſſor cum adjectione loci intercedens ad inſtar rei principalis tenetur, 7 infertur, quod elapſo tempore, quod utraque obligatio principalis nempè, & fidejuſſoria ſeparatim complectitur, deſtinato loco directa, & extra eum arbitraria actio, poteſt conveniri, & quod in arbitraria contrà fidejuſſorem inſtituta tanti lis æſtimetur, quanti ejus, vel actoris interfuerit, pecuniam deſtinato loco ſolvi, ut Africanus decidit *in l. 8. hoc tit.* qui ita debet intelligi, ut fidejuſſoris quidem utilitas æſtimetur ſemper, actoris autem demùm, ſi moram fidejuſſor commiſerit; nam nec contra reum id quod intereſt actoris, aliter æſtimatur, quam ſi ipſe moram fecerit, ut dixi *præced. cap. n. 1. & 2.* ſi ergo fidejuſſor moram commiſerit, quamvis reus principalis moram non fecerit, quod intereſt actoris in arbitraria actione contra fidejuſſorem æſtimatur. Nec obſtat, quod fidejuſſor in cauſam deteriorem contra juris formam obligari videatur.

eom in id quod actoris intereſt, ſit eondemnandus, in quo reus principalis, qui non commiſit moram, non poteſt condemnari; nam neglectâ ſententiâ eorum, qui putant non poſse in præſenri à fidejuſsore moram committi, quin à reo principali eommittatur, quaſi taciti temporis tranſcurſus utrumque in mora ipſo jure conſtituat, quam rectè Donellus *in d. l.* 8. *n.* 7. & cuilibet impugnare faeile eſt *ex d. cap.* 2. *n.* 12. & *anteriori cap. n.* 5. reſpondendum eſt, quod fidejuſsor ab initio ita aecipi non poteſt, ut plus præſtare eogatur, quam reus principalis; ſemel autem in eandem rem obligatus ex poſt facto, ex mora & facto ſuo ita poteſt teneri, ut plus præſtare cogatur, quàm æquum eſt, ut unieuique factum proprium, aut ſua mora noceat, *l.* 155. *l.* 173. *de reg. jur.* cujus doctrinæ exempla reperiuntur *in d. l.* 19. *l.* 32. §. *ult. de uſur. l.* 44. *de oper. lib. l. cum filius* 9. *l. cum mora* 88. *circa fin. l.* 91. §. *nunc* 4. *l. ſi pullus* 127. *de verb. obligat. l.* 38. §. *ſi quis* 4. *l. Stichum* 95. §. 1. *in fin. de ſolut.* in quibus re perempta ex culpa fidejuſsoris, aut poſt ejus moram, quamvis reus principalis ipſo jure liberetur, fidejuſsor in pœnam, quam voluiſset, adhuc in obligatione retinetur, & ex eadem ratione accipi poteſt fidejuſsor eum adjectione loei promittens, ſi ſolum moram commiſerit in id quod actoris intereſt, in pœnam moræ condemnatur, quamvis in id reus non poſſit condemnari, tradunt Donellus *in l.* 8. *n.* 19. & eum ſecutus eſt illuſtriſſimus Ramos *in prælect. ad eumdem textum n.* 13.

8 Confirmatur potiùs, quàm infringitur hæc doctrina ex textu *in l.* 49. §. 1. *de verb. obligat.* ubi ſi pro eo qui promiſit, per ſe non fieri, quominus ſtipulanti, agere liceret, fidejuſſor aeceptus ſtipulantem impedierit, neutrum teneri, ideſt, nee promiſſorem, nee fidejuſſorem obligari Paulus reſpondet, quippe cum fidejuſſor per ſe, aut per promiſſorem non fieri non promiſerit, imò nec utiliter promittere potuerit, quia ſive per ſe non fieri promiſiſſet, aliud quàm quod reus debebat promitteret contra regulam juris *d. l.* 42. *de fidejuſſor. cum ſimilib.* ſive per promiſſorem fieri ſpopondiſſet, factum adietit inutiliter promiſiſſet, *l.* 75. *eod. tit.* ſed quod promiſſorem ex eadem cauſa dare oportet, ſi contra quam cautum eſt facere; licet ſtipulantem impedierit, non poteſt dici moram commiſiſſe, ut nihil fuerit adverſus id, quod in utraque obligatione principali ſeilicet & fidejuſſoria deductum fuit, ut probatur *ex d. l.* 44. *de oper. libert.* ubi fidejuſſoris pro liberto operas debente aecepti nullam moram eſſe ait Scævola, quia nee liberto operas, nec ſuas promiſit, aut promittere potuit, ſed id ſolum quod libertum eo nomine dare oporteat, ſi operas non exegiſſet, ut explicat Donellus *in l.* 49. §. 1. unde cum ideo in his juribus ex propria mora fidejuſſor noo teneatur, quia eam committere non potuit, evidenter cogitur, quod ſi moram committere potuiſſet, & de facto commiſiſſet, eo nomine tenetur, nee ea res debitorem principalem oneraret, ae proinde in terminis *d. l.* 8. *hoc tit.* licet reus in mora non ſit, ex propria mora debet fidejuſſor in id, quod intereſt condemnari, ut rectè argumentatur Donellus *in d. l.* 8. *hoc tit. n.* 12. quod ferè ſequitur Ramos *ad d. l. n.* 14. qui eleganter advertit *in n.* 13. fidejuſſorem, qui ex propria mora præter ſortem principalem in id quod intereſt actoris in arbitraria actione condemnatur, ſortem ſolum non etiam intereſſe per mandati actionem à reo prineipali repetere poſſe, quia ſortem ſolum puræ obligationis, id autem quod intereſt, nomine pœnæ ſolvit, ut conſiderat Ulpianus *in d. l.* 3. §. *ſi is* 3. *verbo ſed ſi tu ff. quod quiſque juris*, & ab argumento probant textus *in l. ſi procuratorem* 8. §. 2. *l.* 29. *mand. l.* 67. *de fidejuſſor.* in quibus fidejuſſor ex propria eulpa condemnatus mandati actionem contra reum principalem exereere non poteſt conducit & textus *in l. cum pater* 60. §. 11. *cum l. ſeq. ad l. Falcid.* ubi quod hæres ultra juſtam rei legatæ æſtimationem pœnæ aut negligentiæ nomine perſolverit in ineunda ratione legis Faleidiæ non attenditur, quia pœna aut negligentia hæredis legatariis non debet noeere; ergo eum in præſenti fidejuſſor ex propria mora ultra ſortem, id qood actoris intereſt perſolverit, ſortem ſulum non etiam intereſſe à reo principali repetere poteſt, cujus damni pœna fidejuſſori cedere non debet.

Quod diximus non aliter id, quod actoris 9
intereſt, in arbitraria actione contra fidejuſſorem æſtimati, quàm ſi moram ipſe commiſerit, adeò verum eſt, ut quamvis reus prineipalis moram fecerit, fidejuſſor tamen qui moram non eommiſit arbitraria actione conventus in ſortem ſolum, non etiam in id, quod intereſt poſſit condemnari, ut doeet Africanus, *in l.* 8. *verbo nec*, *hoc tit.* generaliter aſſerens ob moram debitoris non oportere fidejuſſoriam obligationem augeri, eontra quam Africani ſententiam vulgares quidem, ſed difficiles ſe offerunt objectiones. Prima ex eo, quod eum fidejuſſor in id accipiatur, ut principalem obligationem confirmet, & rei priocipalis locum obtineat, *l.* 4. §. 1. *de fidejuſſor.* dicendum videbatur omne principalis obligaoionis incrementum fidejuſſorem onerare, licet ex mora rei principalis proveniat, ut probant textus *in l. ſi quis* 24. §. 1. *de uſur. d. l.* 44. *de oper. libert. d. l.* 49. *l.* 88. *d. l.* 91. §. 4. *de verb. obligat.* in quibus omnibus moram principalis adeo fidejuſſori nocere dieitur, ut interitus rei debitæ poſt moram principalis debitoris contingens, nec prineipalem, nec fidejuſſoriam poſſit obligationem extinguere, ut ſuadet præterea textus *in d. l.* 3. §. 3. *in princip. quod quiſque juris.* ubi ſi reus principalis iniquum jus impetraverit, ne ſcilieet illius debitores contra eum exceptionibus uterentur, eam pœnam ſuſtinet, ut adverſùs ereditores ſuos exceptionibus ſibi competentibus uti non poſſit, quia eo jure, quod in alios impetravit, ipſe etiam uti debet, quâ eâdem pœnâ ejus fidejuſſores plectuntur, qui exceptiones ſibi competentes ob culpam rei principalis amittunt; ergo eum mora aut culpa rei principalis noceat ejus fidejuſſori, ſi is qui certo loco ſolvere promiſit, moram fecerit, pro eo acceptus fidejuſsor, licet in mora non ſit præter ſortem principalem, in id etiam quod intereſt actoris in arbitraria actione debet cundemnari. Secunda contra deciſivam Africani rationem, dum docet, ideò fidejuſsorem ob moram rei principalis in id quod intereſt actoris non condemnari, quia ad intereſse præſtandum non jure actionis, ſed officio judicis præſtatur, ſie in bonæ fidei judiciis uſurarum præſ-

tatio non ex jure actionis, ſed ex officio judicis deſcendunt, *l. 6. cum l. ſeq. de negot. geſt. l. 49. §. 1. de act. empt. l. 54. locati. l. 4. Cod. depoſiti* & tamen qui pro reo ex cauſa bonæ fidei contractus obligato fidejuſſit etiam in uſuras ex mora rei principalis condemnatur; expreſſi textus *in d. l. 54. locati l. 2. §. qui 12. de adminiſtratione rerum ad Civitates pertinentium.* in quibus fidejuſſor, qui pro conductore apud locatorem interceſſit, non ſolum penſionem nomine condemnatur, ſed etiam in uſuras, in quas propter moram in ſolvendis penſionibus commiſſam conductor debet locatori condemnari; ergo licet id quod intereſt actoris in arbitraria actione ex officio judicis dumtaxat deſcendat ob moram à reo principali commiſſam, fidejuſsor quamvis in mora ipſe non fuerit, propter ſortem etiam in id quod intereſt, debet condemnari.

10 Pro quarum difficultatum ſolutione omnium ætatum nobiliores interpretes inſudarunt, ex quorum variis trad tionibus, cum quæritur an fidejuſsor in id omne ſit obligatus, quod præſtare reus principalis tenetur, ſic diſtingueudum eſt? aut in rem certam nominatim ſe obligavit, aut in omnem cauſam, ſive præſtationem principalis obligationis ſpopondit, aut denique ſimpliciter .interceſſit, ſi in certam ſummam, aut ſpeciem ſe nominatim obligavit, & ſi reus principalis moram fecerit, nec ad uſuras, nec ad id quod intereſt creditoris, tenetur, ſed in rem ſolum promiſſam condemnatur, *l. 68. §. 1. de fidejuſſor.* quia ſicuti altero nomine conveniri non poteſt, qui pro alio ſe non obligavit, *l. penult. Cod. ne uxor pro marito l. 1. Cod. ne filius pro patre*, ita nec is, qui pro alio ſe obligavit ultra id, in qnod nominatiom fidem ſuam adſtrinxit, poteſt conveniri, *d. l. 63. in princip.* ut conſiderat Donellus *in d. l. 8. hoc tit. n. 22.* quæ doctrina à ſimili confirmatur; fidejuſſor qui uſque ad certum tempus promiſit, eo tempore tranſacto, in poſterum non tenetur, quia certi temporis deſignatio poſterius tempus excludit, *l. 13. §. qui 11. locati l. 46. §. Paul. 4. de adminiſtratione tutor. l. 7. Cod. locat. l. 27. verb. niſi Cod. de fidejuſſor.* Vinnius 2. *ſelect. cap. 41. per tot.* ergo noc fidejuſ-sor qui in rem certam ſe nominatim obligavit, ultra eam tenebitur, quia certæ rei deſignatio, cæterorum quæ ſunt in principali obligatione, aut in rei principalis obligatione excluſionem inducit. Ad rem etiam facit pignoris exemplum, quod pro ſorte nominatim datum in uſuras non tenetur, *l. 11. de pignorat. act.* de cujus conciliatione *cum l. unica Cod. ob chirographariam pecuniam pignus teneri poſſe.* videndus Cujacius *lib. 5. obſerv. cap. 28. & lib. 15. cap. 22.* & melius *lib. 20. cap. 27.* ejus autem rei nomine, in quam nominatus ſe obligavit, ita fidejuſſor tenetur, ut quamvis ex culpa, aut poſt moram rei principalis res in obligationem deducta perierit, quemadmodum in perſona debitoris obligatio perpetuatur, ſic & in fidejuſſoris perſona, *d. l. 49. §. 1. de verb. obligat. l. 58. §. 1. de fidejuſſor.* & licet hæc mora rei principalis noceat fidejuſſori juxta textum ſic intelligendum, *in d. l. §. 1. de uſur. d. l. 88. de verb. obligat.* non ideo fidejuſſoriam obligationem auget, ſed retinet, ſeu perpetuam reddit circa rem ipſam in obligatione contentam, quæ perinde habetur ac ſi in rerum natura adhuc extaret, *l. nemo 82. §. dies 91. §. 4 de verb. obligat.* ubi eam rationem præſtat Paulus, quia fidejuſſor totam cauſam ſpopondit, id eſt in ea omnia, quæ principaliter in obligatione continentur juxta elegantem Pauli textum *in l. 56. §. ſi nummos 2. de fidejuſſor.* tradit Donellus *in l. 8. n. 11.* niſi prius rem in obligatione contentam creditori fidejuſſor obtulerit; quo caſu etſi poſt moram poſtea à debitore commiſſam ejus contigerit interitus, ex æquitate data exceptione fidejuſſori ſuccurritur, qui ab obligatione eximitur, quamvis moroſus debitor non liberetur, ut probat textus *in d. l. 88. verb. ſed ſi fidejuſſor. de verb. obligat.* quem ex mente Cujacii *in l. 49. eod. tit.* ſic explicat Ramos *in d. l. 8. hoc tit. n. 19. eod.* ex eadem etiam doctrina facile explicatur textus *in d. l. 44. de oper. libert.* & *in d. l. 49. §. 1. de verb. obligat.* in quibus mora rei principalis nocet quidem fidejuſſori, nec tamen ejus obligationem auget, quippe cum fidejuſſor promiſerit *in d. l. 44.* quod licet tum dare oportet, ſi operas non extinguiſſet, & *in d. l. 49. §. 1.* quod promiſ-sor deberet, ſi per ipſum ſtetiſſet quominus ſtipulanti ire agere per fundum liceret, ut dixi *n. 8.* licet ex mora rei principalis teneatur quod operas non extinxerit, aut quod ſtipulantem impedierit, in id dumtaxat tenetur, in quod ſe nominatim obligavit, ſeu quod in fidejuſſoriam obligationem deduxit.

11 Sed tunc obſtat textus *in l. penult. ut legatorum nomine l. 2. in princip. quod legator.* in quibus aſſerit Paulus, quod ſi cum ab omnibus hæredibus legatum relictum eſſet, ab uno ex eis legatarius fidejuſſores acceperit, cui poſtea cohæredum portiones accreverint, in ſolidum fidejuſſores tenentur, qnemadmodnm & in ſolidum obligantur, ſi cum duobus eadem res legata fuiſſet uni ex eit qui fidejuſſores accepiſſet, poſt deficientis collegatarii pars accreviſſet. Ergo rectè ſtat fidejuſſorem, qui in rem certam ſe nominatim obligavit, ultra eam teneri, & in plus poſſe condemnari, ſen aucta ex poſt facto principali obligatione etiam fidejuſſoriam obligationem augeri. Verum reſpondet Vinnius *lib. 2. ſelect. cap. 10.* id quod jure accreſcendi accedit & debetur, nec ex morâ, nec ex cauſa aliqua poſtea emergente, ſed ex principali obligatione venire, quia qui ex parte inſtitutus adit hæreditatem, deficientis portionem cum onere recipere cogitur *l. 53. §. 1. de acquir. hered. cum ſimilib.* & ſic fidejuſſores eo caſu in ſolidum obligari non propter novam cauſam, ſed ob principalem obligationem quæ ſolutio etſi textui *in d. l. penult. ut legatorum nomine* poſſet adaptari, quod negandum non eſt, non tamen convenit textui *in d. l. 1. quod legator.* ubi generaliter traditur, quod ſi uni ex legatariis hæres ſatisdederit, cui poſtea collegatarii pars accreverit, fidejuſſores in ſolidum tenerentur, cum tamen non ſemper qui partem rei legatæ agnovit, deficientis portionem recipere cogatur, *l. un. §. ubi 11. Cod. de cad. toll.* alio itaque modo reſpondent Duarenus *lib. 2. de jur. accreſc. cap. 4.* & Bellon. *eod. tract. de jur. accreſ. cap. 9. q. 49. n. 8. cum 2. ſeq.* tam *in d. l. 2.* quam *in d. l. penult.* ideo in ſolidum fidejuſſores teneri, quia pars accreſcens una eademque eſt cum principali, ut latè Bellonus *d. cap. 9. q. 43. cum ſeq. uſque ad finem cap. ex eod. tit. l. Tuio 33.*

§. 1. de uſufr. junctis l. 12. cum 2. ſeq. de except. rei judicatæ. & quæ pluribus telatis tradit Bellonus ubi nuper cap. 7. q. 74. n. 5. cum ſeq. & ex eodem tempore, quo principalis acquiſita retrocreditur, l. ſi Dominus 17. §. 1. l. Titio 34. cum 2. ſeq. l. 31. ad l. Aquil. Suarez de Mendoza lib. 1. ad l. Aquil. cap. 5. ſect. 1. n. 15. cum ſeq. l. 31. de teſtam. milit. l. 38. de acquir. hæred. l. 9. de manumiſſ. vind. cum ergo accreſcens portio in principali obligatione ab initio contenta credatur, utpote quæ juris cenſura eſt eadem cum parte principali, fidejuſſor qui in certam partem legatam fuit acceptus, dum pro accreſcenti portione teneatur, non ideo in plus teneri intelligitur, quàm in quod nominatim ſe obligavit. Sed nec magis hæc ſolutio placet, quàm præcedens; utraque enim ſupponit fidejuſſorem in partem rei legatæ nominatim acceptum pro accreſcenti portione teneri, quod ſecundum juris rationem dici non poteſt; nam quod pars accreſcens juris interpretatione & cenſurâ una eademque ſit cum principali, ideo dicitur, quia ex eadem cauſa acquiritur d. l. 33. §. 1. de uſufr. & ex eodem tempore fingitur acquiſita, d. l. 17. §. 1. ad l. Aquil. cum ſimilib. ſed licet ab initio ſolidum legatum deberetur, fidejuſſor in partem legatam acceptus pro altera parte non teneretur, l. 9. l. 70. §. ſi 2. de fidejuſſor. juncto Galvano de uſufr. cap. 26. n. 5. qui pro conciliatione textus in d. l. 7. §. 2 cum l. penult. l. jusjurandum 13. §. illud 2. de acceptilat. conſulendus erit cap. 2. n. 8. ad iuſtar pignoris, quod in partem debiti obligatur, pro altera parte non tenetur, l. 5. de pignor. l. 5. §. 1. in quibus cauſis pign. vel hypoth. contrah. ergo fortiori ratione fidejuſſor qui pro parte rei legatæ, quæ ab initio ſola debebatur, nominatim interceſſit pro parte poſtea acreſcenti, quamvis ex eadem cauſa, eodemque tempore acquiſita retrocredatur, non tenetur.

12 His ergo ſolutionibus rejectis, ut præfatis juribus veram intelligentiam præſtemus, traditam n. 10. diſtinctionem proſequamur, ſi fidejuſſor in omnem cauſam, ſeu præſtationem principalis obligationis ſpoponderit, dubium non eſt, quin de cis omnibus teneatur, quæ reus principalis debet, aut judicis officio præſtare compellitur; utrum autem in rem certam, an in omnem cauſam fidejuſſor accipiatur? ex ipſius fidejuſſoris formula dignoſcitur, exempli causâ. Si fidejuſſor promiſerit quidquid debitorem dare, oportet facere, non in omnem cauſam, ſed in præſentem ſolum obligationem acceptus intelligitur; at ſi verbum oportebit adjecerit, in omnem cauſam interceſſiſſe cenſetur, l. 76. §. 1. l. ſi 89. l. 125. de verb. obligat. textus ſic intelligendus in l. 16. cum l. ſeq. de liberat. leg. l. 8. de verb. ſignif. Vinnius d. lib. 2. ſelect. cap. 10. ſiu autem fidejuſſor ſimpliciter interceſſerit, quæri ſolet, an ob ſortem principalem ad aliquid aliud propter moram debitoris teneatur? & omiſſa ſententia Donelli in d. l. 8. hoc tit. n. 25. & aliorum, verius eſt quod fidejuſſur ſimpliciter intercedens in omnem cauſam & præſtationem, quæ ex natura principalis obligationis proveniat, obligatus cenſetur, ut præter plures Antiquiores quos refert Ramos in d. l. 8. n. 24. cum ſeq. tenet Vinnius d. lib. 2. cap. 10. cujus ſententiæ fundamenta ex eo deſumuntur, quod cum indefinita æquipolleant univerſalibus l. 8. §. 3. de pignorat. act. l. 44. de legat. 2. ſicut qui univerſaliter ſe obligavit, in omnem cauſam tenetur, ſic & qui indefinite fidejuſſit, in omnem cauſam acceptus debet intelligi. Secundò hoc idem pignoris exemplum convincit quod ſimpliciter datum propter ſortem principalem etiam in omnem cauſam tenetur, d. l. 8. §. ult. de pignorat. act. l. creditor 12. §. 6. l. Lucius. 18. l. 20. qui potiores. Tertiò denique ex pluribus juris locis hæc eadem ſententia firmatur ſcilicet ex d. l. penult. ut legator. l. 2. quod legatorum. In quibus ideò fidejuſſor etiam in partem rei legatæ poſteà accreſcentem tenetur, quia ut ex eorum littera conſtat, ſimpliciter interceſſiſſe proponitur, cumque ea ſit principalis obligationis natura, ut qui ab initio rei legatæ partem duntaxat debebat, juris accreſcendi caſu poſt modum ſuperveniente, ſolidum legatum debeat fidejuſſor, qui utpotè ſimpliciter acceptus in omnem cauſam interceſſiſſe cenſetur, non poteſt non in accreſcentem poſteà portionem ex eadem cauſa principalis obligationis debita teneri; facit etiam textus in l. 52. §. 2. de fidejuſſor. ubi à colonis ſimpliciter dati fidejuſſores non ſolùm ob penſiones, ſed ob pecuniam dotis prædiorum, id eſt ob æſtimationem inſtrumentorum teneri dicuntur, quia in omnem conductionis cauſam obligantur; expreſſi ſunt textus in l. 3. de fidejuſſor. tut. l. 10. rem pupilli ſalvam fore. Ubi à tutore ſimpliciter datus fidejuſſor etiam uſurarum præſtationi obnoxius eſt, quia in omnem tutoris obligationem intercedit, l. 32. de adminiſt. tut. l. 9. rem pupilli ſalvam fore, cujus ea natura eſt, ut ex quo tutor moram commiſerit, uſuras præſtare teneatur l. 7. §. ult. l. 78. §. 1. de adminiſtr. tut. l. 2. Cod. de uſur. pup. Leotardus de uſuris q. 20. per tot. eod. eadem eſt ſententia in l. 1. §. 13. ut legati nomine. ubi fidejuſſor ex culpa legati ab hærede ſimpliciter datus etiam in uſuras tenetur l. 58. §. 1. de legat. 2. Leotardus de uſur. q. 18. per tot. fallitur ergo Vinnius, qui d. lib. 2. cap. 10. putat, ideo in d. l. 1. §. 13. ſatisdationem legati nomine impoſitam, id etiam quod oportebit comprehendere, & uſurarum incrementum recipere, quæ tanquam prætoria interpretationem accipit ex mente Prætoris, qui verbum oportet etiam tempus futurum comprehendere interpretatur, licet ſecus ſit in ſatisdatione conventionali ex regula textus in l. 57. de verb. obligat. hæc quippe aſſertio ex eo convincitur, quod in d. l. 1. §. 13. fidejuſſor non per verbum oportet, ſed indefinite promiſit, & ſic prætoria ſatisdatio quoad hanc partem à conventionali non diſtat, imo in utraque ſimpliciter acceptus fidejuſſor in univerſam cauſam tenetur.

Huic tamen ſic fundatæ ſententiæ ſic obji- 13
ciunt adverſarii text. in d. l. 54. loc. l. 56. de edicto Ædilitio. d. l. 68. §. 1. de fidejuſſor. d. l. 2. §. 12. de adminiſtr. rerum ad civitatem pertinentium. de cujus conciliatione cum l. 21. §. 1. l. 24. ad mun. quæ colligitur ex l. 17. §. inſt. de uſur. l. un. Cod. de his qui ex officio quod admini. ſuper lib. 11. videndus Cujacius 1. reſp. Paul. in d. l. 21. §. 1. & l. un: l. 8. Cod. quod cum eo qui in aliena l. initio Cod. de pactis inter emptorem & venditorem. l. 10. Cod. de fidejuſſor. in quibus omnibus ad hoc ut fidejuſſores in univerſam cauſam teneantur, & uſurarum onus agnoſcant, exigere videntur & Imperatores conſulti, quod in om-

nem cauſam expreſſè fuerint accepti, vel quod indemnitatem promiſerint. ergo non ſufficit fidejuſſorem ſimpliciter accipi ad hoc ut in omnem cauſam teneatur, & uſurarum præſtationem ſuſtineat; poſſent etiam expendere textum *in l. per retentionem. l. pignor.* 22. *Cod. de uſur.* ubi ad hoc ut pignus non modo in ſortem, ſed in uſuras etiam recenſeatur, requiri videtur, quod pro uſuris nominatim fuerit obligatus ſed cum judicio reſpondet Ramos *in d. l. 5. hoc tit. n.* 25. quod prædictorum jurium ſenſus ille eſt, ſcilicet quod fidejuſſor ſi non in certam quantitatem, ſed in omnem cauſam fidem ſuam obligavit, ad uſurarum præſtationem tenetur; quando autem in omnem cauſam obligatus cenſetur, in iis juribus non exprimitur; id autem contingit non ſolùm cum expreſsè in omnem cauſam, ſed etiam cum ſimpliciter & indefinitè ſine certæ rei deſignatione promiſit, qua eadem ſolutione accipiendum puto textum *in l. 50. in fine principii de pec.* & prætereà omiſſo Cujacio *lib.* 19. *obſerv. cap.* 27. verius cenſeo ſimpliciter datum pignus præter ſortem principalem indiſtinctè in omnem cauſam teneri, ut probant jura *ſuperiori n.* allata . quibus non refragatur textus *in l. 4. & 22. Cod. de uſur.* nam *in d. l. 4.* priùs pro regula traditur uſuras ex nudo pacto, & ſic naturaliter tantum debitas poſſe per pignoris retentionem ſervari, mox aſſerit, quod ſi tempore contractus de minoribus uſuris præſtandis convenerit, eoque nomine pignus datum ſit, & poſteà debitor majores uſuras ſe præſtiturum promiſit, pro minoribus, non pro majoribus pignus tenetur, quod licet ſimpliciter fuerit contractum, ad uſuras ex novo pacto debitas extendi abſque nova voluntate non poteſt, quia majorum uſurarum adjectio non ex prima & principali, ſed ex nova obligatione deſcendit, cujus nomine pignus obligatum non fuit; facilius explicatur textus *in d. l.* 22. in qua ideò in uſuras pignus non tenetur, quia ex principali obligatione ne quidem naturaliter uſuræ debentur. Proponitur namque circa uſurarum præſtationem nullum pactum interceſſiſſe, ſed ſolùm certæ ſummæ pœnam præſtari conveniſſe; & reſponderur quod pignus ejus obligationis nomine præter ſortem, non oſuras, de quibus præſtandis nil convenerat, ſed in certam duntaxat ſummam pœnæ nomine nudo pactu promiſſam teneri: illud denique notandum eſt, fidejuſſorem qui ſimpliciter interceſſit, licet in omnem cauſam teneatur, non tamen in pœnam teneri, quam ex commiſſo poſteà delicto reus principalis incurrerit, *l. 2. Cod. ad S. C. l. un. Cod. de periculo eorum, qui pro Mag.* textus ſic intelligendus *in d. l. 68. in princip. de fidejuſſor.* quia pœna non ex principali, ſed ex nova obligatione provenit, pro qua fidem ſuam fidejuſſor non obligavit.

14 Ex quibus omnibus difficillimus redditur Africanus *in d. l. 8. verb. nec oportebit hoc tit.* nam cum fidejuſſor ſimpliciter intercedens in omnem cauſam & uſuras ex mora rei principalis teneatur *in d. l.* 8. ſimpliciter interceſſerit pro eo, qui certo loco dare promiſit, data mora ex parte debitoris principalis præter ſortèm in id etiam quod actoris intereſt in arbitraria actione condemnari debere videtur; qua difficultate coactus magnus alioquin Africani interpres Cujacius *tract.* 3. putat fidejuſſorem arbitraria actione conventum propter moram rei principalis in id etiam quod actoris intereſt, oficio judicis condemnari, nec id Africanum negare, qui ſolùm dicit actoris utilitatem, ſeu intereſſe fidejuſſoris obligationem non augere, id eſt ad interpretandum fidejuſſorem obligationis jure non eſſe conſtrictum; quod non excludit condemnationem, quæ ex officio judicis exemplo uſurarum in bonæ fidei judiciis, in quas fidejuſſor condemnatur, quam interpretationem pluribus convincit Donellus *in d. l. 8. n. 13. cum ſeq.* ex cujus ſententia *n. 16. cum ſeq.* & Anton. Fabri *in ejuſdem text. rationali* dicendum eſt ſimpliciter acceptum fidejuſſorem teneri non ſolùm in ea quæ debet reus principalis, ſed etiam quæ judicis officio præſtare cogitur, dummodò ſecundùm contractum & obligationis naturam præſtentur, *d. l. 54. locati cum ſimilib.* in quibus pro reo ex cauſa bonæ fidei contractus obligatus acceptus fidejuſſor in uſuras etiam obligatur, quam reus, ex quo moram commiſit judicis officio præſtare compellitur ſecundùm contractum & obligationis naturam, *l. 32. §. bonæ fidei 2. de uſur. cum aliis.* Non tamen in id teneri, quod reus principalis judicis quidem officio præſtare cogitur, ſed non ſecundùm contractum; imò præter obligationis naturam, quia nec in illud ſe obligaſſe cenſetur, qui principalem ſolum obligationem fidejuſſit, & ſic fidejuſſorem arbitraria actione conventum ob moram rei principalis in id quod actoris intereſt, condemnari non debere, quia ut ſæpè jam diximus, creditor loci deſignati utilitatem perſequitur, non ſecundùm naturam & qualitatem principalis obligationis, cui fidejuſſor acceſſit, ſed præter eam ex Prætoris æquitate, quæ non patitur, ut hujus utilitatis præſtatio fidejuſſorem in mora non conſtitutum poſſit onerare, qui in id ſolùm ſe obligaſſe cenſetur, quod ſecundùm naturam obligationis principalis præſtari oporteret; unde, quod ſi in bonæ fidei contractu conveniſſet, ut certo loco quid præſtaretur, in eam rem ſimpliciter datus fidejuſſor ob moram rei principalis, etiam in id quod actoris intereſt eſſet condemnatus, quia tunc juxta naturam principalis obligationis, non propter prætoriam æquitatem conſtituti loci utilitatem creditor perſequeretur, *l. 7. hoc tit. cum ſimilib.* ut ſubtiliter, non minùs quàm verè obſervat laudatus nuper Donellus *d. n.* 26.

Sed nondum expenſis *n.* 9. difficultatibus Africanum in totum liberavimus; adhuc enim occurrit, quod cum fidejuſſor rei principalis locum obtinere dicatur *in d. l. 4. §. 1. de fidejuſſor,* ob ejus moram etiam in actoris utilitatem debet condemnari. Verum reſpondeo fidejuſſorem eatenùs rei principalis locum obtinere, quatenùs pro eo fidem ſuam adſtrinxerit, & ſimpliciter acceptum ejus vicem ſubire quoad ea, quæ ſecundùm naturam obligationis, non quæ præter eam ex æquitate præſtantur, quale eſt actoris intereſſe in arbitraria, in quod fidejuſſor ſe obligaſſe non cenſetur. Difficilior profectò eſt textus *in l. 3. §. 3. in princip. quod quiſque juris.* 15 Cujus deciſio non ſolùm Africanum impugnat, ſed & tritam juris regulam, quæ habet, fidejuſſorem ſemel ſibi quæſitam exceptionem ex facto rei principalis non amittere, eâque uti poſſe etiam renuente reo *l. ult. de pact. l. 24. de donat. l. 15. in princip. de fidejuſſor.* Nec audiendus Cujacius *ad Pand. in d. §. 3.* dum docet

Digitized by Google

ideò ibi fidejuſſorem ex facto rei principalis ſibi competentem exceptionem amittere, quia jure aliter poſito fraus edicto facilè fieret electo ſcilicet fidejuſſore, & exceptioni auxilio abſoluto, per conſequentiam debitor abſolveretur; nam hæc ſolutio ex eo refellitur, quod ſi vera eſſet, probaret etiam reum principalem ex facto fidejuſſoris ſibi quæſitam exceptionem amittere contra textum *in §. 3. verb. ſed ſi tum.* ne fraus edicto fiat id eſt, ne reo principali electo & abſoluto fidejuſſor per conſequentiam abſolvatur, & edicti pœnam luat; falsò inſuper aſſerit jure aliter poſito, edicto fraudem fieri, cum liberum hoc jure ſit creditori vel reum, vel fidejuſſorem convenire, *l. 26. Cod. de fidejuſſor.* & conventus reus utpotè exceptione deſtitutus non poſſit non condemnari. Rursùs quemadmodum ſæpè contingit exceptionem reo principali competentem ejus fidejuſſori non competere, *l. 22. l. 32. de pact. l. 24. de re judic. cum ſimilib.* nec ex eo inutilis, aut fruſtranea redditur obligatio contra fidejuſſorem; ſic novum non eſſe, ut exceptio fidejuſſori quæſita reo principali competat, *d. l. ult. de pact.* nec ex eo inutilis dici poteſt obligatio contra reum principalem. Prudens namque creditor ut ad ſuum perveniat, eum veriſimiliter eliget, qui nulla ſe poſſit exceptione tueri. Nec meliùs rem expedivit Ramos *in d. l. 8. hoc tit. n.* 18. dum Baldum & Caſtrenſem ſecutus putavit, ideò fidejuſſorem exceptionem amittere, quia reus principalis non ex facto ſuo, ſed ex juris diſpoſitione, exceptione privatur; hujuſmodi enim averſio ex eo convincitur, quod reus principalis, qui iniquum jus impetravit ex facto ſuo edicti pœnam ſuſtinet; & exceptione privatur; quare dicendum eſt potiùs, fidejuſſorem ſemel ſibi quæſitam exceptionem non ex eo amittere quod reus principalis contra alium debitorem ſuum iniquum jus impetraverit, quod præter præjacta fundamenta à ſimili ſic oſtenditur, quemadmodum ad perpetuam obligationem mora, aut colpa vel principalis nocet fidejuſſori, & non è contra; ſic mora aut culpa filiifam. nocet patri ex ejus contractu obligato, & non è contrà, *d. l. 49. §. 1. d. l. 91. §. 4. cum ſeq. de verb. obligat.* & tamen factum filiifam. qui in Magiſtratu conſtitutus iniquum jus dixerit, aut impetraverit, poterit fidejuſſorem ſibi acquiſita exceptione privare. Nec contrarium probat textus *in d. l. 3. §. 3.* qui ex ſententia Petri Coſta *in* 1. *p.* adverſariorum in eo textu ad eum caſum eſt reſtringendus, quo reus principalis propter iniqui juris impetrationem ſibi competentem exceptionem amiſit, poſteáque fidejuſſorem dedit. Tunc fidejuſſor tanquam ex tempore receptus, quo reus contra principalem obligationem nulla ſe poterat exceptione defendere, nec ex propria, nec ex rei perſona poteſt exceptionem objicere.

16 Expoſuimus jam ſingularem Africani deciſionem, & quæ nullum, quod ſciamus, juris teſtimonium habet. Nec enim verum eſt, quod exiſtimavit Duarenus *in paraph. ad tit. ſi certum petatur cap.* 8. textum *in d. l. 8. hoc tit.* mirificè confirmari ex alio ejuſdem Africani reſponſo ſub eadem inſcriptione *in l. cum quis 22. de obligat. & act.* obi pro eo qui in diem certum merces promiſerat, acceptus fidejuſſor ejus temporis quo fidejuſſit, æſtimationem præſtare tenetur, cum tamen poſſit contra reum inſpecto tempore litis conteſtatæ condemnatio augeri; ex quo inferebat Duarenus junctâ ex poſt facto principali obligatione fidejuſſoriam non augeri; ſed nil latè ex eo textu colligitur, in quo non de purè, ſed in diem certum promiſſâ merce tractatur, ex cujus ſtipulationis cauſâ etiam adversùs reum deſignati temporis ſumitur æſtimatio, quæ ex poſt facto non augetur, *l. quoties 59. de verb. obligat.* & adversùs fidejuſſorem, qui poſt elapſum diem principali ſtipulationi præfixum ſtatim intereſt, ejus temporis ſumitur æſtimatio, quo fidejuſſit, quia eo tempore dare debuit, ut docuit Cujacius *tract. 8. ad African. in d. l.* 52. Nec magis verum, vel quod vulgò creditur textum *in l. 8. hoc tit.* ſimilem eſſe textui *in l. ult. de fideic.* qui ut eleganter Cujacius advertit *ad pand. in d. l. 91. de verb. obligat.* non loquitur de facto, ſed de culpa rei principalis, pro quo fidejuſſor interceſſit, ſed de culpa ejus apud quem interceſſit, ut poſitâ ſpecie conſtabit. Procurator enim in rem actionem exerceret, & de ejus mandato dubitaretur, cautionem præſtitit, rem ratam Dominum præſtiturum; cumque victus fuiſſet, reverſus Dominus de eadem re iterùm agitabat, ſeu eamdem rem vindicabat, prout patet *in l. 75. de procurat.* reus cum haberet poſſeſſionem, & nollet eam reſtituere, magno condemnatus eſt, ſcilicet quanti actor in litem juravit juxta textum *in l. 46. l. 68. de rei vindicatione.* Quærebatur quatenùs fidejuſſores tenerentur? & reſpondet Paulus in id ſolum, quod intereſt teneri ex regula textus *in l. 19. rem ratam haberi*, quod non ex eo creſcit, quod propter non reſtituentis contumaciam ultra pretium res fuerit æſtimata, *l. 1. de in litem juran.* nec enim debet imputari fidejuſſoribus, quod reus propter ſuam pecuniam præſtitit. Hæc textus ſeries, in qua perſpicuum eſt fidejuſſores à procuratore datos, qui rem ratam Dominum habiturum promiſerunt pro procuratore apud reum rei vindicatione conventum interceſſiſſe, eique obligatos fuiſſe commiſſa ſtipulatione ex eo, quod ratam Dominus non habuit, imò de eadem re iterùm agitavit, & vicit; quod ergo Paulus ſcribit non imputari fidejuſſoribus, quod reus propter ſuam pœnam præſtitit, non probat aucta ex facto debitoris obligatione principali, fidejuſſoriam non augeri, ſed potiùs ex facto creditoris, apud quem fidejuſſor interceſſit, fidejuſſoriam obligationem incrementum recuperare non poſſe, licet non ideò priùs illud negemus, ſed Africani deciſionem non modo veram, ſed & ſingularem eſſe contendamus.

Quod diximus, ſimpliciter acceptum fidejuſſorem pro eo, qui certo loco dare promiſit ob ejus moram in id quod intereſt actoris condemnari procedit, etſi poſt moram à reo principali commiſſam fidejuſſor acceptus ſit; contrarium verò ſervatur, ſi vel ante, vel poſt moram rei principalis non ſimpliciter, ſed actionis arbitrariæ nomine fidejuſſor interceſſerit, qui in omne id obligatus cenſebatur, quod reus arbitrariâ actione conventus præſtare cogeretur, cujus difficilis ratio ex *d. n.* 14. colligitur: ſimpliciter acceptus fidejuſſor in ea dumtaxat teneretur, quæ ſecundum principalis obligationis naturam præſtari oportet, ſed id, quod intereſt actoris ob moram rei principalis, nec obligationis jure, nec judicis officio dari oportet ſecundum naturam ſtipulationis cum deſignatione loci conceptæ, 17

Digitized by Google

ſed ſolum ob arbitrariæ actionis æquitatem, ob ſtipulationis naturam: ergo ejus ſtipulationis nomine ſimpliciter acceptus fidejuſſor in ſortem non etiam in id quod intereſt actoris, debet condemnari; ex eadem in contrarium ratione arbitrariæ actionis nomine acceptus nominatim fidejuſſor in ea omnia obligatur, quæ ſecundum ejus actionis naturam oportet præſtari, *l.* 8. §. 3. *verb. & ſi quid de fidejuſſor.* ſed arbitrariæ actionis ea eſt poteſtas, & natura, ut reus propter moram in id, quod actoris intereſt, condemnetur, ut *præced. cap.* vidimus; ergo arbitrariæ actionis nomine intercedens nominatim fidejuſſor præter ſortem etiam in id, quod intereſt, obligatur, ut diſputat Donellus *in l. ult. hoc tit. ex n.* 4. advertens non ideò ex mora rei principalis fidejuſſoriam obligationem augeri ex textu *in d. l.* 8. *hoc tit.* quæ in eo ſolum, quod ab initio fidejuſſor promiſit, continetur, nec tamen contrarium quidquam facere, quod actoris intereſse in principali obligatione non ſit, quia ut poſtea dicemus, aliquatenus debetur; & quidem cum judicis officio præſtetur, magis eſt in obligatione, quam naturale tantum debitum, quod nequidem judicis officio præſtatur; cujus tamen nomine fidejuſsorem efficaciter obligari nullus ignorat. Obſiſtere tamen videtur huic ſententiæ ignotus ad rem textus in l. 24. de re judicata, ubi fidejuſsor ejus actionis nomine acceptus, ex qua reus principalis in id ſolum quod facere poteſt, debet condemnari ſimili exceptione non gaudet, & in ſolidum condemnatur; ergo quemadmodum alicujus actionis nomine acceptus fidejuſsor nominatim proprium ejus actionis non ſentit beneficium, ſic nec ejus debet incommodum ſentire, ac per conſequens quamvis ejus, quod actoris intereſt præſtatio arbitrariæ actionis ſit propria, intercedens fidejuſſor non debet in id, quod intereſt condemnationem experiri; ſed pro ſolutione illa occurrit differentia, quod exceptio in id quod facere poteſt, nullius actionis eſt propria, ſed quibuſdam perſonis in ſolidum obligatis ad temperandam, deferendamque executionem præter, imo & contra naturam obligationis ex æquitatis ratione indulgetur, *d. l.* 16. *cum ſeq. de re judicata* quæ tanquam perſonalis nec hæredibus, nec fidejuſſori prodeſt, *d. l.* 24. *in princip. &* §. 1. *cum l. ſeq. eod. tit.* ejus autem quod intereſt præſtatio eſt propria arbitrariæ actionis naturæ, quæ ideo ejus actionis nomine acceptum fidejuſſorem non poteſt onerare.

18 Cum autem dicimus arbitrariæ actionis nomine acceptum fidejuſſorem præter ſortem etiam in id quod intereſt actoris ob moram rei principalis obligari, non dicimus officio judicis condemnari; prout cenſuit Cujacius *lib.* 14. *q. pauli in l. ult. hoc tit.* ſed aſſerimus cum Donello tam in id quod intereſt, quam in ſortem jure obligationis teneri, quia id quod intereſt non minus quàm ſortem promiſit. Difficultatem tamen facit obſcura Pauli deciſio *in d. l. ult.* ubi cum poſt moram à reo principali factam arbitrariæ actionis nomine fuiſſet fidejuſſor acceptus, Paulus reſpondet eam pecuniam, quæ ex ſententia judicis poteſt accedere, id intereſſe nec deberi, nec eſſe in obligatione: quo textu moti antiquiores, eoſque ſecutus Faber in ejus textus rationali; ſic acceptum fidejuſſorem nec judicis quidem officio in id quod actoris intereſt, teneri dixere; longe tamen falluntur, & ex dictis facile refelluntur. Nec eis favet textus *in d. l. ult.* ubi docet Paulus eam pecuniam, quæ ex ſententia judicis accedere poteſt, nec deberi, nec eſſe in obligatione, non eſt intelligendum reſpectu fidejuſſoris, ſed reſpectu rei principalis, qui etſi poſt moram commiſſam arbitrariæ actionis nomine fidejuſſorem præſtiterit, non eo magis in id quod actoris intereſt jure obligationis debet condemnari, ſed ſolum per officium judicis ad ejus præſtationem compellitur; certum quidem eſt, eum qui certo loco dare promiſit, in id quod intereſt actoris, non jure obligationis, ſed judicis officio teneri, ut ſtatim diſputabimus, ubi autem poſtquam moram commiſit, dubitabilior erat caſus, nec ſine ratione quærebatur utrum intereſſe jure obligationis deberet, quaſi per dationem fidejuſsoris ejus, quod intereſt præſtationem in obligationem deduxiſse intelligeretur; quâ dubitandi ratione neglectâ, nunc etiam ideſt in ſpecie dati fidejuſsoris poſt moram arbitrariæ actionis nomine in id quod intereſt, deberi, aut eſse in obligatione principali negat Paulus, quia is, qui dat fidejuſsorem, eatenus principalem obligationem confirmat, quatenus ampliorem ſecuritatem præſtat creditori, non autem idem efficacius obligatur, quàm ſi fidejuſsorem non dediſset, ut videre eſt in eo, qui naturalis tantum obligationis nomine fidejuſsorem præſtat, quem nemo dixerit ex eo civiliter obligari; nec enim datio fidejuſsoris augere, aut minuere poteſt principalem obligationem, *l.* 4. §. *ſi ex conventione* 4. *de re judicata* tradit Donellus *in d. l. ult. hoc tit. n.* 9.

Huc uſque dicta de fidejuſsore pro eo qui certo 19
loco ſolvere promiſit accepto, ut Africanus & Paulus confirmant in dictis legibus 8. *& ult. hoc tit.* illud aſſumunt, quod in ſuperioribus tetigimus, & nunc explicandum curamus, ſcilicet eum, qui certo loco ſolvere promiſit, etſi moram commiſerit, id quod intereſt actoris, non jure obligationis debere, ſed judicis officio praſtare; quod ſic non intelligendum, quaſi id quod intereſt nullo jure debeatur; ſi enim nullo jure debetur; ne judicis quidem officio præſtaretur, etenim licet æquitatis ratio ſuaſerit, in nullo jure ad debitum intereſse reus officio judicis condemnatur; ſic ergo potius accipiendum, quaſi id, quod intereſt, non aliquid jure debeatur omnino ob naturalem æquitatem, quam intueri jubetur judex de arbitraria actione cognoſcens *l.* 4. §. 16. *hoc tit.* & quæ ſola naturalem parit obligationem, *l.* 95. §. 4. *de ſolut.* civili autem jure ita debeatur, quatenus in conſequentiam judicis officio accedit ſorte principali; ideò autem non deberi dicatur, quia per ſe ſolum principaliter, ſeu propria aliqua actione peti non poteſt, quod idem in uſuris, quæ in bonæ ſidei judiciis præſtantur, obſervanturque, cum deberi dicantur, *in d. l.* 32. §. 2. *de uſur.* ob æquitatem non aliter debentur, & civiliter quatenus ſorti judicis officio accedunt, quo ſenſu de jure poſtulari dicuntur *in l.* 5. *Cod. de pact. inter empt. & vendit.* quamvis eatenus deberi negentur *in d. l.* 49. §. 1. *de act. empt. & in l.* 58. *in princip. ad Trebell.* quatenus per ſe principaliter peti non poſſunt; quod reſpiciens Paulus

lus *in l.* 14. *locati.* dixit, uſuras in bonæ fidei judiciis, non tam ex obligatione proficiſci, quam ex officio judicis applicari, ideſt per ſe quoad effectum exactionis non eſſe in obligatione, ſed in conſequentiam ſortis judicis officio præſtari, ut explicat Donellus *in d. l.* 8. *hoc tit. cum ſeq.* qui uſurarum in bonæ fidei judiciis præſtationem ejus, quod intereſt in arbitraria actione præſtationem quoad hanc partem ſimilem facit, quamvis *Anton. Faber.* in ejuſdem textus rationali inter utramque præſtationem plurimum in eo referre contendat, quod uſurarum in bonæ fidei judiciis præſtatio, non ex arbitrio, ſed ex officio judicis deſcendit, qui reum in uſuram condemnare omninò tenetur; ejus autem quod intereſt in arbitraria actione præſtatio non ex officio, ſed ex arbitrio judicis reſultat, in quod referri dicitur arbitraria *in l.* 3. *&* 8. *hoc tit.* cui liberum eſt in id quod intereſt in arbitraria actione condemnationem facere, vel non facere; quidquid enim judicis arbitrio committitur, non ſubjicitur juris neceſſitati *l.* 40. *de judic.* ſed ſtatim Fabro occurritur ex traditis à Donello *in d. l.* 8 *n.* 19. ſi dicam, judicem qui de arbitraria actione cognoſcit reum qui moram commiſit, non poſſe in id, quod actoris intereſt non condemnare, ut textus indicat *in l.* 2. *§. ult. & l.* 8. *hoc tit.* ex quibus explicanda eſt lex ultima *eod. tit.* nec ratio, quâ utitur Faber, alicujus momenti eſt; judicis etenim officium cum ejuſdem arbitrio ſæpè confunditur in jure, ſive confunditur; nam in bonæ fidei judiciis judicis arbitrium verſatur, §. *in bonæ* 30. *inſt. de act.* & in arbitraria actione judicis officium vertitur, *d. l.* 2. *§. ult. hoc tit.* nec text. *in d. l.* 40. *de judic.* quidquam facit? neque enim generaliter aſſerit omne id, quod judicis poteſtati permittit, juris neceſſitati non ſubjici, quod falſum eſſet, ſed particulariter non omne, quod judicis arbitrio committitur, juris neceſſitatem continere quædam judicis poteſtati permittuntur, quædam verò neceſſitati juris ſubjiciuntur, veluti uſurarum in bonæ fidei judiciis, & ejus quod intereſt in arbitraria actione præſtatio quædam non ſubjicitur, ſed ex mero judicantis arbitrio pendet; cujus rei exempla reperiuntur *in l.* 8. *cum ſeq. de officio præſidis. & l.* 1. *Cod. quomodo, & quando judex ſententiam proferre debeat.*

20 Ex eo, quod actoris intereſſe in arbitraria actione judicis officio præſtetur, merito infert Paulus *in d. l. ult. hoc tit.* quod ſi creditor ſortem principalem acceperit, quod ſua intereſt deſignato loco pecuniam ſolutam eſſe competere poteſt, aut quia cum intereſſe non poſſit per ſe ſolum per arbitrariam peti, eâ per ſortis ſolutionem ſublatâ nullum judicis officium ſupereſt, quod cum actioni inſerviat, *l.* 38. §. 8. *de Ædilit. edict.* eâ ceſſante prorſus extinguitur, & ex eadem ratione ſi creditor pecuniæ partem acceperit pro parte ſoluta circa intereſſe judicis officium ceſſat, qui poſt modum in arbitraria ſolum æſtimavit quanti actoris interſit eam ſolum ſummam, quæ debetur, deſignato loco eſſe ſolutam, *d. l.* 8. *in fin. hoc tit.* quæ Pauli & Africani doctrina uſurarum exemplo in bonæ fidei judiciis ſulcitur, quæ quia non obligationis jure, ſed judicis officio præſtantur, peti ſorte ſoluta non poſſunt, *d. l.* 49. §. 1. *de act. empt.* argumento textus *in l.* 26. *in princip. Cod. de uſur.* ſimile etiam eſt fructuum exemplum à bonæ fidei poſſeſſore alienatorum, quos quia fundi dominus, non reî vindicatione, ſed judicis officio vindicationi ſubſervienti perſequitur, §. 4. *inſt. de officio judicis* à tertio poſſeſſore, qui tanquam fundum non poſſidens non poteſt rei vindicationem non pulſare, & petere non poteſt; textus ſic intelligendus *in l.* 4. §. 19. *de uſucap.* juncto Galvano *de uſufr. cap.* 28. *n.* 10. nec ſolum per ſortis ſolutionem circa intereſſe judicis officium ceſſat, ſed & per petitionem etiam poſt moram à debitore commiſſam deſtinato loco inſtitutam *d. l. ult. hoc tit.* quia in loco condicto non arbitraria, ſed directa actio exercetur, in qua nullum judicis officium vertitur, quod poſſit in id quod intereſt condemnationem inducere, *l.* 4. *in princip. eod. tit.* idemque obtinet, ſi judex de arbitraria actione cognoſcens, nullâ ejus quod intereſt habitâ ratione, reum duntaxat in ſortem condemnavit; quo caſu ex defectu actionis intereſſe peti non poteſt, ut à ſimili probat textus *in l.* 13. *verb. ſed de uſur. d. l.* 4. *de poſſ.* in quibus ſi in bonæ fidei judicio in ſortem ſolum facta condemnatio fuerit, uſuræ peti non poſſunt; non enim (verba ſunt textus *in l.* 4.) *duæ ſunt actiones, alia ſortis, & alia uſurarum, ſed una ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicata exceptione repellitur.* ex qua ratione colligitur hujuſmodi doctrinam procedere, cum ſententia parit rei judicatæ exceptionem; nam ſi ab ea fuerit appellatum, judex ad quem poteſt ſupplere quod omiſſum eſt à judice à quo, ideſt præter ſortem etiam in uſuras, vel in id quod intereſt reum condemnare, *d. l.* 13. *Cod. de uſur.* Nec obſtat quod exceptio judicati proficere non poteſt ei contra quem judicatum eſt *l.* 16. *de except. rei judic.* nam reus in ſortem ſolum condemnatus, ab uſurarum, quod intereſt, præſtatione, vî ipſa abſolutus cenſetur; textus *in l.* 1. *Cod. ſi adverſus rem judicatam* & ſic actorem ſortem iterum ob uſuras aut intereſſe petentem poterit rei judicatæ exceptione ſubmovere, Donellus *in d. l.* 4. *Cod. depoſiti n.* 7. *&* 8. Oſſuald. 22. *comment. Donelli cap.* 5. *littera C.*

21 Contrarium autem ſervatur in acceſſionibus, quæ non judicis officio, ſed obligationis jure debentur, quæ etiam ſoluta ſorte, vel in eadem duntaxat facta condemnatione peti poſſunt, ut in terminis uſurarum per ſtipulationem promiſſarum Africanus & Imperator reſpondent *in d. l.* 8. *de uſur. verb. nec enim hoc tit. & l.* 1. *Cod. de judic.* cum enim duæ ſint ſtipulationes, una ſortis, & alia uſurarum, *l. ubi* 75. §. 4. *de verb. obligat.* ex ſtipulatu ſæpius agi nil prohibet, *l.* 31. §. 5. *in fin. de evict.* & perempta ſortis obligatione, alia ſuperſit ex cujus cauſa uſuræ adhuc peti poſſunt, tradunt cum pluribus relatis Leotardus *de uſur. q.* 91. *n.* 21. *cum ſeq.* & Arias de Meza 2. *var. reſol. q.* 31. *ex n.* 8. idem juris eſt in fructibus jure obligationis debitis, quî etiam recepto fundo peti cum effectu poſſunt; textus elegans *in l. ſi marito* 31. §. *ult. ſolut. matr.* ubi mulier quæ fundum dotalem recepit non habita ratione fructuum, quos maritus poſt ſolutum matrimonium percepit, adhuc de dote agere poteſt propter fructus, qui cum dotem augeant, & ejus pars ſint, obligationis jure debentur, Duarenus *in d. l.* 31. §. *ult.* Leotardus

d. q. 91. *n.* 16. de fructibus etiam, qui non judicis officio præſtantur, ſed propria actione petuntur, accipi debere textum *in l.* 35. *de rei vindic.* meritò aſſerunt plures quos refert Oſſualdus *lib.* 20. *comment.* Donell. *cap.* 5. *litt. B.* ſupponitur ibi poſt fundum vindicatum fructus adhuc peti poſſe; quod intelligendum eſſe de fructibus poſt litis conteſtationem perceptis, qui propria actione petuntur, ſatis indicat, quod in fine textus Conſultus ſcribit, iniquum eſſe id poſſeſſorem habere quod habiturus non eſſet, ſi poſſeſſionem ſtatim reſtituiſſet, ſimile tandem illud eſt, quod maritus etiam poſt receptam dotem poteſt circa ſocerum actione negotiorum geſtorum experiri ob alimenta, quæ uxori ante dotem acceptam præſtitit, ut doctè Leotardus *d. q.* 91. *ex num.* 47.

22 Traditam tamen diſtinctionem inter acceſſiones, quæ ſolo judicis officio præſtantur, & eas, quæ obligationis jure debentur, ſeu pro propria actione petuntur, ex ſequentibus non leviter impugnari videtur. Primò ex eo, quod Ulpianus *in lib.* 28. *de except. rei* inter uſuras per ſtipulationem promiſſas, & eas quæ in bonæ fidei judieiis præſtantur, nullam differentiam cognoſcit, imò ad inſtar uſurarum per ſtipulationem promiſſarum, etiam eas, quæ in bonæ fidei judiciis præſtantur per ſe ſolum in judicium rectè deduci aſſeruerat. Secundò nam extincta etiam rei vindicatione ob interitum rei poſſeſſæ ſine culpa poſſeſſoris contingentem, ſupereſt judicis officium circa fructus & alias acceſſiones, *l.* 16. *de rei vindicat. l.* 11. judicatum ſolvi, idemque eſt, ſi res ex ſtipulatu debita poſt litem conteſtatam perierit, *l. ſi homo* 8. *de re judicata.* ergo etiam extincta actione arbitraria per ſortis ſolutionem, judicis officium ſupereſt circa ejus, quod intereſt præſtationem. Tertiò *ex l.* 2. *§. idem Julianus* 7. *hoc tit.* ubi ſoluta ſorte, id quod intereſt poteſt per arbitrariam actionem peti. Quartò, nam etiam pœna per ſtipulationem promiſſa accepta ſorte, vel negatione principali tranſacta peti non poteſt, *l.* 2. *in princip. ſi quis caut. l.* 21. *§. l.* 23. *in princip. ult. de recep. arb.* & Dominus, qui poſt triennium præteriti temporis canonem ab Emphyteutica accepit, pœnam caducitaris exercere non poteſt, ut per argumentum à ſpeciali *ex authem. qui rem Cod. de ſacro S. Eccl. Nov.* 120. *cap.* 8. & argumento textus *in leg.* 38. *verbo dicebam l.* 7. *de lege commiſſoria. l.* 4. *Cod. de pact. inter empt. & vendit.* plures referens probat Arnoldus Vinnius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 3. *per tot.* ergo etiam acceſſiones, quæ obligationis jure debentur, accepta ſorte non rectè petuntur. Veriſſima tamen eſt de jure ſuperior differentia, cui patum oppoſitæ difficultates obſiſtunt, textus *in d. l.* 23. *de except. rei judicatæ.* non probat uſuras, quæ ſolo judicis officio præſtantur, in judicium ſine ſorte rectè deduei: aſſerit Ulpianus qood ſi de ſolis uſuris per ſtipulationem promiſſis actum in judicio ſit, rei judicatæ exceptio circa ſortis petitionem noo nocet propter rei, & cauſæ petendi diverſitatem, progreditur & docet idem juris eſſe, ſi quis ex bonæ fidei judicio uſuras tantum perſequi velit, id eſt non ideo rei judicatæ exceptionem circa ſortis petitionem nocere, ex qua deciſione licet quoad cauſam exeeprionis inter uſuras utraſqoe nil intereſſe conſtet, non tamen negatur quoad alia maximum inter eas eſſe diſcrimeo; nam uſuræ per ſtipulationem promiſſæ ſine ſorte rectè petuntur; quæ autem ſolo judicis officio præſtantur abſque ſorte non de jure, ſed de facto tantum petuntur; ſententia tamen ſuper quibuſlibet uſuris prolata circa ſortis petitionem rei judicatæ exceptionem non parit, quia nec eadem eſt ſors cum uſuris, & diverſa eſt cauſa petendi. Facilior eſt ſecundæ difficultatis ſolutio, ſi dicamus cum Duareno *in d. l.* 8. *de re judicata*, Donello 20 *comment. cap.* 5. *& lib.* 27. *in d. l.* 8. & Valent. 2. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 31. *cum ſeq.* ideò poſt interitum rei in judiciom deductæ, judicem ſuper fructibus & aliis acceſſionibus ſententiam conferre, ſive proferre, quia actum pro re principali ſimul cum ejus acceſſionibus in judicium ſemel deducta, etiam poſt rei interitum utilitatis cauſâ durat propter acceſſiones, ſuper quibus judex ſententiam proferre tenetur; nec ex eo extinguitur, quod ad eum caſum pervenerit, à quo incipere non poſſet, cum ab en poſſit continuari juxta textus regulam ſic intelligendam, *in l.* 85. *de reg. jur.* quæ doctrina noſtris terminis non poteſt adaptari, quippe eum id quod intereſt actoris, non aliter in arbitrariam actionem veniat, quam ſi reus moram commiſerit, etiamſi res certa dari loco promiſſa perierit, non ſolum pro eo quod intereſt, ſed & pro re ipſa principali arbitraria actio durabit ex regula textus *in l.* 82. *§.* 1. *de verb. obligat. cum ſimilib.* Tertiæ difficultatis ſolutioni reſpondetur *ex d. cap.* 2. *n.* 23. *&* 24. pro explicatione textus *in d. l.* 2. *§.* 7. *hoc tit.* ex quibus ſatisfieri poteſt Leotardo *d. q.* 91. *n.* 28. *cum ſeq.*

Pro quartæ & ultimæ difficultatis ſolutione 23
dicendum eſt, quod ſuprà aſſeruimus obligationis jure debitas acceſſiones etiam accepta ſorte peti poſſe, ita procedere, ſi vel ex contrahentium conventione, aut ex natura negotii, ut in exemplis adductis *n.* 21. vel ex juris diſpoſitione, ut *in* 7. *§.* 1. *de condit. furt.* acceſſiones ſimul cum ſorte peti poſſent, ceſſare autem in juribus ſuperiori numero expenſis, in quibus ea eſt contrahentium conventio, ut non ſimul res ipſa principalis, & pœna debeatur, ſed alterutrum, & quemadmodum creditor pœnam unà eum re principali perſequi non poteſt, ſed alterutro debet eſſe contentus, *l.* 10. *§.* 1. *de pact. l.* 12. *§. ſi* 2. *de pact. dotalib.* & ſi pœnam ſimul, & rem perſequatur, exceptione ſubmovetur *l.* 4. *§.* 7. *de doli mali & met. except.* præterquam in ſpecie textus *in l. pen. de tranſact.* & *in l. ſi quis* 30. *de except. arbitr.* ſic ſi ſortem acceperit, quamvis ipſo jure ad pœnam actionem habeat, ſi eam petat, per exceptionem repellitur *l.* 2. *ſi quis caut. cum ſimilib.* ad quam juris partem pertinere textum *in l.* 3. *Cod. de fruct. & litium expenſ.* putat Leotardus *d. q.* 91. *num.* 9. *&* 10. decernunt Honorius, & Theodoſius terminato, tranſactoque negotio principali, ſi de litis expenſis nil actum ſit, nullam ad eas perſequendas actionem ſupereſſe, incongruum enim eſſet ex prima litis materia litem alteram conſurgere, quam deciſionem non ſolùm de expenſis, quas temerè litigantes officio judicis præſtare oportet textus *in l.* 79. *de judic.* ſed & de expenſis propter contumaciam debitis, quæ propria actione petuntur ex Prætoris Edicto, de quo *in l. unic. ſi quis jus dict. non obtempeoaverir.* Leotardus intelligit. Præfero tamen contrariam aliorum, quos ipſe refert ſententiam aſſerentium

textum *in l.* 3. capiendum eſſe de litis expenſis, quæ ſolo judicis officio præſtantur, & quæ ideò principali negotio per ſententiam aut tranſactionem finito, peti non poſſunt, quia nullum judicis officium circa earum præſtationem ſupereſt, argumento text. *in l.* 3. *in fin. de liberatione legat.* non de expenſis ob contumaciam debitis, quæ cum propria actione petantur, & ſimul cum re ipſa principali peti poſſent, etiam principali negotio finito rectè petuntur, ut creditor, qui eas fuerit perſecutus, non poſſit rei judicatæ exceptione ſubmoveri argumento text. *in d. l.* 2. *de judic.* nec tamen obſtat textus *in l.* 68. *de rei vindicat.* pro cujus expoſitione cum *d. l.* 3. videndi Oſſuald. 20. *comment.* Donell. *cap.* 6. *litt.* G. & Larreategui 3. *ſelect. cap.* 10. *num.* 3.

24 Nec ſulum creditor, qui ſortis nomine pecuniam nominatim acceperit, quod ſua intereſt deſignato loco expeditam ſolutionem fuiſſe, perſequi non poteſt, ſed ſi tantam pecuniam, quanta ſortem efficit, ſimpliciter acceperit, quod ſua intereſt petere non poteſt, ut *in l. ult. hoc tit.* Donell. reſponder, qui non admittendum eſſe ait, quod ubi tanta pecunia, quanta ſortem efficit, ſimpliciter ſoluta fuerit ex univerſitate, id eſt, ex univerſa ſortis ſumma, & ejus, quod intereſt tam ex ſorte, quam ex pecunia ſoluta videatur, id eſt, non tota in ſortem imputetur, ſed proportione ſervata partim in ſortem, partim in id, quod intereſt, & ſuperſit petitio ejus, quod intereſt, vel ſortem excedit, id eſt reſiduæ ſortis ſummæ, & judicis officio accedat pœna pro eadem quantitate, imò verius eſſe docet totam pecuniam in ſortem imputari, & nullam ejus, quod intereſt petitionem ſupereſſe, reddit rationem, quia creditor accipiendo pecuniam, etiam remiſiſſe pœnam videtur, obi vulgò nec ſine ratione obſervatur, id, quod intereſt actoris, pœnam à Paulo ſæpè vocari, quia moræ reo principali conceſſæ pœna eſt, ſicuti & uſuræ ob moram commiſſæ pæna dicuntur *in l.* 40. *de reb. credit. l. Gaius* 11. *de uſur.* ſuperior tamen Pauli ratio principium petere videtur pro cujus propugnatione textum penitùs explicabo. Dixerat Conſult. etiam in ſpecie, quam per ſe tractat, ſoluta ſorte judicis officium ceſſare quod procedere aſſerit, ſive ſors nominatim, ſive tanta pecunia, quanta ſurtem efficit, ſimpliciter ſoluta fuerit; nec enim ſimpliciter ſoluta pecunia partim in ſortem partim in id, quod intereſt, ſed tota in ſortem debet imputari; hujus rei ratio, quam Paulus ſupponit, & ut facilem omittit, hæc eſt. Quoties is, qui ex pluribus cauſis debet, pecuniam ſimpliciter ſolvit, nec in quam ſolvat cauſam declarat, in duriorem cauſam ſolviſſe cenſetur, *l.* 3. §. 2. *cum duabus ſeqq. l.* 7. *de ſolut. cum aliis;* ſed qui certo loco ſolvere promiſit, & moram commiſit, licet ex unica cauſa debeat circa cujus executionem tota æſtimationis ratio officio judicis committitur, ut loquitur African *in d. l.* 8. *hoc tit.* ſortem duntaxat jure obligationis debet, id autem, quod intereſt ſolo judicis arbitrio, ſeu officio præſtare poteſt compelli: ergo proinde ac ſi ex pluribus cauſis debeat in duriorem cauſam ſolviſse cenſendus eſt; tunc ſic; ſed durior eſt cauſa ſortis jure obligationis debitæ, quàm ejus quod intereſt cum ſorte non aliter, quam per ejus ſolutionem, vel legitimum alium extinguendæ obligationis modum liberari debitor poſſit; ab ejus autem quod intereſt præſtatione etiam abſque ejus ſolutione per alios, quos jam vidimus modos immunis poſſit evadere: ergo ſimpliciter ſolvens in ſortem ſolum, non etiam in id quod intereſt ſolviſse debet intelligi; ac proinde ſive nominatim ſortem, ſive tantam pecuniam, quanta ſortem efficit, ſimpliciter ſolverit, non poterit ad ejus quod intereſt præſtationem compelli.

Pergit Paulus, & in calce textus ſuæ deciſionis 25
rationem his verbis conſtituit, *tanto magis quod creditor accipiendo pecuniam etiam remiſiſſe pœnam videtur.* quæ, omiſsa Donelli interpretatione *in d. l. ult. n.* 15. & 16. non ad proxime præcedentem verſiculum, ſed ad præcipuam textus partem debet meo videri referri; quod præter quam quod textus interpunctio demonſtrat, ex eo mihi probatur, quod cum totus in eo ſit Paulus, ut doceat ſive ſors nominatim, ſive tanta pecunia, quanta ſortem efficit, ſimpliciter ſoluta fuerit, nullam ejus quod intereſt petitionem ſupereſse, rationem debuit ſubjungere generalem, quæ utrumque caſum comprehenderet; hanc itaque, quam ex defectu actionis initio deduxerat, ſine dubio infinit ex eo amplius explicat, quod creditor. accipiendo pecuniam, etiam remiſiſse pœnam videtur; falſa tamen hujuſmodi ratio videtur; quod enim creditor poſt acceptam pecuniam petere quod ſua intereſt non poſſit, non ex ejus voluntate provenit, ſed ex juris neceſſitate, quæ efficit, ut arbitraria actione ſublata, nullum judicis officium ſuperſit. Nec dicat aliquis, huic juris neceſſitati ex eo creditoris voluntatem cauſam dare, quod cum liberum eſt fuerit in re præſenti conſtituere, in quam cauſam acceptam pecuniam ſolutam vellet, *l.* 1. & 2. *de ſolut.* eo ipſo, quod cauſam in quam acciperetur, non expreſſit, in ſortem dumtaxat accipere, & ei quod interſit renonciare voluiſſe dignoſcitur. Hoc namque effugium admittendum non eſt, tum quia non ſolum de pecunia ſimpliciter, ſed & de ſorte nominatim ſoluta Paulus loquitur; ubi autem debitur dicit in quam cauſam ſolvat, veluti cum ſortem nominatim ſe ſolvere dicit, nil circa cauſam conſtituere permittitur creditori, *d. l.* 1. *l. Paulus* 101. §. 1. *de ſolut.* tum etiam quia ubi pecunia ſimpliciter fuit ſoluta creditori etſi maxime velit, non poſset in id quod intereſt pecuniam ſe accipere conſtituere; quod enim dicitur liberum eſse creditori conſtituere in quam cauſam ſolutam ſimpliciter pecuniam acceptam velit, ita verum eſt, ſi in duriorem cauſam conſtituat, *d. l.* 2. *de ſolut.* ergo cum durior ſortis, quàm ejus quod interſit cauſa ſimpliciter ſolutam pecuniam non poteſt creditor in id quod intereſt, ſed in ſortem ſolum ſe accipere conſtituere. Dicendum itaque eſt juris neceſſitatem in propoſito ex voluntate creditoris pendere, qui cum ſortem, vel tantam pecuniam, quanta ſortem efficit, abſque eo quod intereſt accipere noo poſſet cogi ex textu *in l.* 41. *de uſur. l.* 99. *de ſolut.* & Donell. *in l.* 21. *de reb. cred. numero* 17. *cum ſeq.* hoc ipſo quod pecuniam abſque eo quod intereſt acceperit, id quod intereſt, quod per ſe ſolum petere ſine ſorte non poteſt, omninò remiſiſſe videtur. Sed dices; Creditor pecuniam abſque eo quod intereſt in loco ſolutioni deſtinato oblatam omninò accipere cogitur; debitor etenim moram, quam commiſit, poteſt emendare, & de facto emen-

dat, ſi aote arbitrariam actionem motam creditori ſortem obtulerit, ex textu *in l. 84. l. 91. §. 3. de verb. obligat.* ergo creditor accipiendo pecuniam, quam recuſare non poteſt, pœnam remiſiſſe dici non poteſt. Verum reſpondeo, quod debitor moram tunc ſolum poreſt emendare, cum ob eam jus creditoris deterius factum non eſt, *l. 8. ſi quis caut. l. 22. §. ult. leg. anter. de recept. arb. l. 137. §. 2. de verb. obligat.* Pichardus *in diſput. de mora* 106. *cum* 2. *ſeq. n.* 148 *cum ſeq.* ubi autem ob moram debitoris, qui deſtinato loco non ſolvit, cepit intereſſe creditoris ob damnum aliquod emergens, vel lucrum ceſſans moræ emendationi locus non eſt, nec creditor pecuniam etiam deſtinato loco oblatam abſque eo, quod ſua intereſt accipere cogitur, quam ſi acceperit, in neceſſatiam conſequentiam, pœnam temiſiſſe dicendum eſt.

26 Illud non immerito quæritur, utrum creditor, ſi ſortem recipiens ſalvum ſibi jus eſſe ejus, quod ſua intereſt præſtetur, poſt modum id quod intereſt, perſequi poſſit? & eum aliis quos refert Leotardus *de uſur. q. 91. n. 37. cum ſeq.* putat, quod ſi creditoris præſtationi debitor non contradixiſſet, nova quædam conventio facta intelligitur, ex cujus cauſa creditor, id quod ſua intereſt, petere poteſt; moventur ex eo, quod præſtatio jus tribuit præſtanti, *l. 7. qui ſatiſd. cog.* ubi ſi fidejuſſori in judicio ſiſtendi causâ, qui fori præſcriptionem habebat, actor prædixerit, non uſurum eum privilegio, ſi conveniatur, ſcilicet acceptus fidejuſſor uti foti præſcriptione non poteſt. Idem probatur *ex l.* 4. §. 1. *quibus mod. pign.* ubi ſi creditor rei ſibi pignori obligatæ venditioni ſalvâ pignoris causâ conſenſerit, etiam ſubſecuta alienatione, jus pignoris non amittit: ergo pariter creditor qui dum pecuniam accipit, ſalvum ſibi jus eſſe ejus, quod intereſt petendi proteſtatur, id quod intereſt non remittit. Ex contrario Leotardus *q. 91. n.* 41. *cum ſeq.* rectius ſentit ita demum proteſtanti creditori jus ejus quod intereſt petendi conſervari, ſi ejus præſtationi debitor expreſsè conſenſerit; nec enim nova obligatio, qualis in præſenti deſideratur abſque novo reciproco partium conſenſu poteſt induci. Pro qua ſententia conſidero, quod ſive debitor ſortem nominatim ſe ſolvere dixit, ſive pecuniam ſimpliciter ſolverit, inutilis eſt ſola præſtatio creditoris, quæ nec poteſt efficere, ut ejus quod intereſt facta ſolutio intelligatur ex regula textus *in d. l. 1. d. l. 3. §. 3. de ſolut.* nec magis abſque debitoris conſenſu novam obligationem inducere, ſine qua peti id quod intereſt, non poteſt. Sed dices; imo ſtipulaoone non adhibitâ, creditoris præſtatio, adhuc expreſſo debitoris conſenſu interveniente, novam civilem obligationem parere non poteſt, cum ex pacto actionem naſci non poſſe certum ſit, *l. 7. §. ſed cum nulla 4. verſ. igitur de pact.* Cui dubio reſpondeo ex proteſtatione creditoris, cui debitoris conſenſus acceſſerit circa ejus, quod intereſt petitionem ſolum quidem pactum reſultare, efficax tamen ad producendam civilem obligationem, utpote ſolutionis tempore appoſitum, ex textu *in l.* 48. de pact. & ex eo præſcriptis verbis actionem oriri; textus *in l. un. §. 13. verb. ſtipulatione autem cod. de rei uxor. act.* etiam præeunte Donello *in d. l. ult. hoc tit.* dici poſſet ex creditoris proteſtatione debitoris accedente conſenſu, civile negotium innominatum ſcilicet contractum, *facio ut facias* geſtum intelligi, dum creditor ſortem ea lege liberavit, ut ipſe ad ejus quod intereſt ſolutionem obligaretur, & ex eo negotio naſci actionem præſcriptis verbis; textus *in l. 9. de præſcript. verbis* nomen delegaret, contractus *facio ut facias*, geſtus intelligitur, ad cujus implementum actio præſcriptis verbis competit.

Cui ſententiæ contrariæ opinionis fundamen- 27
ta non obſtant; debitoris namque ſilentium novam ejus quod intereſt obligationem non poteſt inducere; qui enim tacet, quoties de ejus agitur præjudicio, conſentire non intelligitur, *l. 5. de ſervit. urb. præd.* nec in contrarium textus facit *in d. l. 7. qui ſatiſd. cog.* omiſſa enim Leotardi ſolutione, ubi ſupra *n.* 40. dicendum eſt, quod fidejuſſor, cui antequam intercederet, prædictum fuit, fori privilegio non uſurum, ideo privilegium amiſerit, quia cum ex prævia creditoris proteſtatione ſcivit, ſe non aliter ad fidejubendum admitti, quàm ſi præſcriptioni renunciaſſet, eo ipſo quod fidem ſuam poſtea adſtrinxerit, ſatis privilegio renunciaſſe dignoſcitur. Unde ſi creditor antequam ſortem acceperit, debitori prædixerit, ſe non aliter ſortem accepturum, quàm ſi ſibi jus ejus quod intereſt petendo, ſalva ſuperſit, meâ quidem ſententiâ debitor ſortem poſtea ſolvens creditoris præſtationi conſenſiſſe cenſetur, & civile negotium geſtum judicatur; quippe cum liberum ſit creditori ſortem abſque eo quod intereſt non accipere, eam etiam proteſtationem facere, licet acquieviſſe debitor intelligatur, ut ſic ſuperior, quam defendimus Leotardi ſententia tunc non ſolum vera ſit, cum non ante ſolutiooem, ſed ipſo expediendæ ſolutionis tempore, vel in continenti ſimilis proteſtatio intercedit. Facilior eſt textus *in d. l. 4. §. 1. quib. mod. pign.* ibi per proteſtationem nullum jus de novo acquiſitum, quod ſine voluntate creditoris amitti non poteſt, retinetur, creditor ſcilicet qui rei ſibi pignori obligatæ venditioni ſalvâ pignoris causâ conſenſit conſentit, pignus ante quæſitum retinet, quod non aliter per ſupervenientem alienationem extinguitur, quam ſi ex voluntate creditoris pervenerit, quod profecto committeret, ſi rem, quam pignori obligavit (inſcio creditote) alienaſſet, *l. 19. §. ult. l. 66. de furt.* jus autem pignoris non amittit; at in præſenti non de ante acquiſita retinenda, ſed de acquirenda de novo obligatione tractatur, quæ ſine mutuo partium conſenſu nequit induci; creditor videlicet actionem ad intereſſe petendum, quam ante non habebat, cum intereſſe ſolo jodicis officio præſtetur, acquirere laborat, in quam rem debitoris voluntate opus eſt.

Unde falſum puto, quod Leotardus *d. q. 91.* 28
n. 42. & Arnold. Vinnius *d. lib. 2. ſelect. cap.* 3. contendunt, quod ſi poſtquam Emphiteuta per triennium in canonis ſolutione ceſſaverit, Dominus Canonem accipiens ſalvum ſibi jos commiſſi manere proteſtatur, poteſt adhuc jus exercere commiſſi, id eſt Emphyteutam expetere, quia (inquiunt) hæc proteſtatio novum jus Domino non tribuit, ſed jus expulſionis per triennii ceſſationem ante acquiſitum conſervat, hæc namque opinio vel ex eorum principiis convincitur; fatentur & rectè Dominum non poſſe canonem exigere, & ſimul Emphyteutam expellere ergo admittunt accepto canone jus Emphyteutam

Digitized by Google

expellendi non ſupereſſe, ac proinde Dominus, qui dum canonem accipit, jus ſibi manere Emphyteutam expellendi proteſtatur id curare, ut de novo Emphyteutam expellendi jus acquirat, quod acquirere abſque ejus voluntate non poteſt, quæ ex ſola Domini proteſtatione non inducitur; ex quibus venit etiam intelligendus textus *in l. ult. in princip. verſ. item ſi prædixerit nautæ, Caupones, ſtabularii.* ubi ſi exercitor navis prædixerit unumquemque vectorum res ſuas conſervare, nec damnum, id eſt, nautarum factum ſe præſtiturum, & hujuſmodi prædictioni, qui in nave vehuntur, conſenſerint, ob factum nautarum, in factum actione conveniri non poteſt. Nec refert, an qui vehuntur expreſsè, an tacitè in nave ſcilicet remanentes conſenſerint, ut docet Ant. Faber *in rationali*, tum quia priùs navis exercitor nautarum factum ſe præſtiturum fuerit proteſtatus, qui eam legem ſcientes in navi poſteà remanſerunt, exercitoris proteſtationi conſenſiſſe intelligantur ex *d. n. ant.* tum quia cum de inducenda obligatione exercitoris ob nautarum factum agatur, ejus omninò voluntas requiritur, quam præcedens prædictio, ſeu proteſtatio excludit; ſimiliter ergo ubi creditor ſortem accipiens, ſalvum eſſe ſibi jus intereſſe petendi proteſtatur debitoris, de cujus obligatione inducenda tractatur, voluntas exigitur quæ cum nec ex proteſtatione creditoris, nec debitoris ſilentio eliciatur, creditoris proteſtationi expreſsè debet accedere, ad hoc ut creditor poſt acceptam ſortem quod ſua intereſt deſignato loco pecuniam ſolutam eſſe præſcriptis verbis actione perſequi poſſit.

29 Hæc omnia, quæ de eo, quod intereſt ſolo judicis officio in arbitraria actione præſtando diſſeruimus occaſione fidejuſſoris pro eo, qui certo loco promiſit ſolvere, accepti, Africanum & Paul. in dictis legibus. §. *ult.* diſputaſſe diximus *num.* 19. videamus quam rectè, & ſanè conſtat ejus, quod intereſt in arbitraria actione præſtationem ſimilem per omnia eſſe uſurarum præſtationi in bonæ fidei judiciis parum elegans, imò & falſus videtur Africanus *in d. l.* 8. dum ut probet fidejuſſorem pro eo, qui certo loco ſolvere promiſit, ejus ſtipulationis nomine, vel ſimpliciter acceptum in ſortem tantum, non etiam in id, quod ob moram rei principalis actionis cœperit intereſſe obligari, ea ratione nititur, quia quod intereſt non jure obligationis, ſed ſolo judicis officio præſtatur, & differentiam conſtituit inter uſuras per ſtipulationem promiſſas, in quas ſimpliciter acceptus fidejuſſor propter ſortem tenetur; quia duæ ſunt ſtipulationes, & id, quod intereſt, in quod fidejuſſor non tenetur; quia una tantum ſortis eſt ſtipulatio ejus, quod differentiæ manifeſtum argumentum eſſe ſubjungit, quod ſoluta ſorte adhuc uſuræ promiſſæ rectè petuntur; circa ejus autem quod intereſt præſtationem nullam judicis ſupereſſe hæc (inquam) Africani ratio inefficax, nec concludens videtur, quia in bonæ fidei judicii uſuræ non obligationis, ſed judicis officio præſtantur, nec ſoluta ſorte amplius peti poſſunt, ut ſuprà dixi, & tamen pro eo, qui ex cauſa bonæ fidei contractus tenetur, ejus contractus nomine, aut ſimpliciter fidejuſſor acceptus propter ſortem etiam in uſuras obligatur, ut ſuprà dixi: ergo ex eo, quod id, quod intereſt in arbitraria actione ſolo judicis officio præſtetur, nec ſoluta peti poſſit, non rectè colligit Africanum fidejuſſorem pro eo, qui certo loco ſolvere promiſit acceptum, in ſortem ſolum, non etiam in id, quod intereſt obligari; Huic difficultati, quam ſuprà tetigi *num.* 9. & ab omnibus, quos adire potui omiſſam comperui, reſpondeo, quod Africanus inter id, quod intereſt, & uſuras per ſtipulationem promiſſas expreſsè differentiam aſſignat non ſolùm quoad caſum fidejuſſoris, ſed & quoad alium effectum, ſcilicet, ut uſuræ ad differentiam ejus, quod intereſt, etiam ſoluta ſorte rectè petantur, & tacitè etiam inter uſuras in bonæ fidei judiciis, & id, quod intereſt in arbitraria actione, quoad caſum tantum fidejuſſoris diſcrimen conſtituit, judicans fidejuſſorem pro eo, qui certo loco ſolvere promiſit acceptum in id, quod intereſt non teneri, quia illud contra naturam ſtipulationis ſub judicis officio præſtatur; Pro eo autem, qui ex cauſa bonæ fidei contractus tenetur, intercedentem in uſuras præter ſortem obligari, quia uſuræ in bonæ fidei judiciis, judicis quidem officio, ſed ſecundùm naturam contractus præſtanti, ut dixi *num.* 14. id autem ſentit Africanus dum ait, unam tantùm ſortis eſſe ſtipulationem; circa cujus executionem æſtimationis ratio arbitrio judicis committitur, quaſi dicat, totam ejus, quod intereſt præſtationem officio judicis accepto ferendam, non ſtipulationi, contrà cujus naturam id, quod intereſt in arbitrariam venit actionem ad differentiam uſurarum in bonæ fidei judiciis, quæ licet judicis officio præſtentur, etiam contractui ſecundùm cujus naturam præſtantur accepto feruntur juxta textum ſic intelligendum *in d. l.* 54. *locat.* & ſic fidejuſſorem, qui in cauſam contractus, aut ſimpliciter intercedens id promittere videtur, quod ſecundùm ejus contractus naturam præſtari oportet, in uſuras quidem teneri, in id autem, quod intereſt non obligari.

30 Faciliùs quæ de intereſſe ſolo judicis officio præſtando diſputavimus, Pauli deciſioni adaptantur, *in d. l. ult. hoc tit.* ubi ſi arbitrariæ actionis nomine fuerit fidejuſſor acceptus, reus quidem pro quo interceſſit, ſortem duntaxat jure obligationis debet, ut dixi *n.* 17. *cum ſeq.* & id quod intereſt, ſi moram commiſerit ſolo judicis officio præſtare cogitur, ipſe autem fidejuſſor id quod intereſt non minùs, quam ſortem jure obligationis debet. Quod vero Paul. ſubjicit, ſoluta ſorte circa id, quod intereſt, judicis officium ceſſare, non eò ſolum pertinet, ut reus principalis, ubi ſortem ſemel ſolverit, ad id, quod intereſt præſtandum, cogi non poſſit; ſed etiam, ut nec fidejuſſor ex præſtatione oneretur; quia liberato per ſortis ſolutionem reo principali, non poteſt non fidejuſſor liberari *ex leg. in omnibus* 43. *de ſolut.* quod indiſtinctè procedit, ſivè à reo principali, ſivè à fidejuſſore ſortis ſolutio facta fuit, cum enim ſortem ſolvens fidejuſſor non ſolùm à ſorte, ſed ab ejus, quod intereſt præſtatione reum principalem liberet; ipſe etiam in neceſſariam conſequentiam liberatur, ut docet Donell. *in d. l. ult. hoc tit. n.* 9. contra quam doctrinam occurrit, quod cum reus principalis ad ejus,

quod intereſt naturali jure teneatur, ut dixi *numero* 19. licet ſortem ſolverit adhuc naturali ejus, quod intereſt obligationi præſtandi manet obſtrictus, quam abſque ejus ſolutione, aut alia creditoris ſatisfactione extingui, naturalis æquitatis ratio non patitur, ſed quandiù naturalis ſupereſt obligatio, fidejuſſor liberatur *d. l.* 16. §. 3. *de fidejuſſor. junct. l.* 14. §. 1. *de pign. act.* ergo adhuc ſoluta ſorte, poterit fidejuſſor ad ejus, quod intereſt præſtationem compelli. Rursùs arbitrariæ actionis nomine acceptus fidejuſſor tàm id quod intereſt, quàm ſortem jure obligationis debet: ergo etiam ſoluta ſorte ejus, quod intereſt nomine, jure convenitur; junctis quæ diximus *num.* 21. ſed pro Donello reſpondeo, eum qui certo loco ſolvere promiſit, poſtquam moram commiſit, id quod creditoris intereſt non aliter quidem debere, non tamen ſecundùm ſtipulationis naturam, ſed propter naturalem arbitrariæ actionis æquitatem, & ſic arbitraria actione per ſortis ſolutionem extincta naturalem obligationem, quæ ſolo naturalis ejus actionis æquitatis vinculo ſuſtinebatur, diſſolvi, & ea diſſoluta fidejuſſoriam etiam obligationem extingui. Nec magis urget, quod arbitrariæ actionis nomine acceptus fidejuſſor etiam id, quod intereſt jure obligationis debeat; tum quia ex eo, quod arbitrariæ actionis nomine, quæ adversùs reum competit, fuerit acceptus ſatis colligitur, quod ea per ſortis ſolutionem ſublata, omninò liberatur argumento textus *in d. l.* 8. §. 3. *de fidejuſſor.* tum quia arbitrariæ actionis nomine intercedens fidejuſſor id jure obligationis debet, quod reum arbitraria actione conventum vel obligationis jure, vel judicis officio præſtare oporteret; ſed reum, qui ſortem ſolvit non arbitraria actione poſſe conveniri, nec magis judicis officio, quam obligationis jure id, quod intereſt creditoris præſtare oportere expeditum eſt: ergo arbitrariæ actionis nomine intercedens fidejuſſor, ea per ſortis ſolutionem extincta, ita ab obligationis nexu liberatur, ut ad inſtàr ſortis, nec ad ejus, quod intereſt præſtationem ullo jure maneat obſtrictus: Quibus noſtro Tractatui *ad titulum de eo, quod certo loco* finem imponimus.

FINIS TOMI PRIMI.

DON JOANNIS
PUGÆ ET FEIJOO J. C.
E T
PRIMARII ANTECESSORIS
SALMANTICENSIS,
REGII NEAPOLITANI SENATUS PRÆSIDIS,
TRACTATUS ACADEMICI,
S I V E,
OPERA OMNIA POSTHUMA,

EX SPARSIS MANUSCRIPTIS, NUNC PRIMUM in unum collecta, recognita, digeſta, Indicibus adaucta, & in duos Tomos diſtributa, à Don GREGORIO MAYANS J. C. Olivenſi, & in Academia Valentina Juſtinianei Codicis Interprete.

TOMUS SECUNDUS.

LUGDUNI,
Apud FRATRES DEVILLE.

MDCCXXXV.

CUM PRIVILEGIO REGIS.

Digitized by Google

INDEX

TRACTATUUM ET CAPITUM

QUÆ IN SECUNDO TOMO CONTINENTUR.

TRACTUS XVI. *De Pactis liberatoriis, ſive ad tit. Pandect. & Cod. de Pactis.* p. 1
CAPUT I. *In quo, quid, & quotuplex liberatorium ſit Pactum.* ibid.
CAPUT II. *Qui & ſuper quibus poſſint de non petendo paciſci.* p. 12
CAPUT III. *De poteſtate & effectibus Pacti liberatorii.* p. 22
CAPUT IV. *Ad quæ extendi, quibuſque prodeſſe, aut nocere liberatorium Pactum poſſit.* p. 31
TRACTATUS XVII. *De acquirenda vel amittenda poſſeſſione, ſive, ad titulos Pandect. & Codicis ejuſdem argumenti.* p. 47
CAPUT I. *De definitione vel diviſione poſſeſſionis, nec non de perſonis poſſidentibus.* ibid.
CAPUT II. *De modis acquirenda poſſeſſionis.* p. 58
CAPUT III. *De retinendæ poſſeſſione.* p. 67
CAPUT IV. *De amittenda poſſeſſione.* p. 75
CAPUT V. *De perſonis, per quas poſſeſſio acquiritur, retinetur aut amittitur.* p. 85
TRACTATUS XVIII. *De ceſſione legatorum vel fidei-commiſſorum, ſive, ad titul. Pandect. & Codicis.* p. 95
CAPUT I. *Quando dies legatorum vel fidei-commiſſorum cedat.* ibid.
CAPUT II. *De legatis quæ cedunt ab adita hæreditate.* p. 109
CAPUT III. *De legatis quæ ab exiſtentia conditionis cedunt.* p. 125
CAPUT IV. *De legatis ex incerta die, aut ſub neceſſaria conditione relictis.* p. 138
CAPUT V. *De legatis quæ tacitam ſeu extrinſecam conditionem continent.* p. 145
TRACTATUS XIX. *De vulgari & pupillari ſubſtitutione.* p. 156
CAPUT I. *De ſubſtitutionum elementis, nec non de origine, naturâ, ſpeciebus, & formulis pupillaris ſubſtitutionis.* p. 156
CAPUT II. *De his, quæ ad pupillarem ſubſtitutionem jure conficiendam requiruntur.* p. 172
CAPUT III. *De modis, quibus pupillaris extinguitur ſubſtitutio.* p. 182

ã ij CAPUT

CAPUT IV. *De pupillaris ſubſtitutionis effectibus.* p. 196

TRACTATUS XX. *De tranſmiſſione hæreditatis, ſive, ad titul. Pandectarum de acquirenda vel omittenda hæreditate.* p. 217

CAPUT I. *De generali regula circa nondum aditæ hæreditatis tranſmiſſionem.* ibid.

CAPUT II. *De tranſmiſſione hæreditatis ſuis hæredibus delata, juris accreſcendi, & cum eo conjunctæ ſubſtitutionis.* p. 237

CAPUT III. *De hæreditatum tranſmiſſionibus ex novis conſtitutionibus.* p. 254

CAPUT IV. *An vulgaris ſtubſtitutio hæreditatis tranſmiſſionem excludat.* p. 264

TRACTATUS XXI. *De conditionibus inſtitutionum.* p. 278

CAPUT I. *An ſub conditione, & ſub quibus poſſibilibus conditionibus extranei, aut neceſſarii, aut ſui, & neceſſarii hæredes utiliter inſtituantur.* ibid.

CAPUT II. *Quo tempore adjecta inſtitutioni conditio debeat exiſtere, vel impleri? & quando exſtitiſſe, vel defeciſſe caſualis conditio intelligatur.* p. 311

CAPUT III. *Quando hæredis inſtitutioni adſcripta poteſtativa, mixtave conditio impleta fuiſſe, vel defeciſſe credatur?* p. 320

TRACTATUS XXII. *Ad titulum ff. de rebus eo um qui ſub tutela vel cura ſunt.* p. 349

CAPUT I. *Quarum rerum qui ſub tutela vel cura ſunt, pro temporum varietate interdicta fuerit alienatio? Quænam prohibitionis ſit ratio? & quatenus prohibitæ alienationis nomine comprehendatur.* ibid.

CAPUT II. *Quando eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, res alienari prohibitæ vel inconſulto Prætore, vel ejus intercedente decreto poſſint utiliter alienari.* p. 373

CAPUT III. *Qui Magiſtratus, quomodo, & qua cauſæ cognitione præhabitâ poſſint eorum, qui ſub tutela, vel cura ſunt, rerum alienationem, aut obligationem decernere. Quæ diſtractionis ſit ſolemnitas, & quæ decreti poteſtas?* p. 393

CAPUT IV. *Quinam ſint Severi oratione, aut Conſtantini conſtitutione prohibitæ alienationis effectus? & quomodo alienatio ab initio inutilis ex poſt facto poſſit convaleſcere?* p. 401

FINIS.

DON

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECEſSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XVI.

De Pactis liberatoriis, ſivè ad Titulos Pandectarum, & Codicis de Pactis.

CAPUT PRIMUM.

In quo, quid, & quotuplex liberatorium ſit Pactum, diſſeritur.

1 PACTUM omne aut obligatorium eſt, aut liberatorium: Obligatorium de quo nunc non diſputamus, in eo à ſtipulatione differre dignoſcitur, quòd cum ſtipulatio ex præcedenti interrogatione, ſubſecutâ reſponſione, aliiſque ſolemnitatibus conſtet, & civilem non minùs, quàm naturalem obligationem producat, pactum nullâ ſolemnitate peragitur, ſed ex ſolâ paciſcentium conventione proficiſcitur, & naturalem dumtaxat, non civilem parit obligationem. *L.* 7. §. 2. *verſ.* 4. Igitur hoc tit. liberatorium illud eſt, quo quis de eo debito, quod civile eſt, non petendo debitori paciſcitur, quod, licèt jure civili inſpecto, ſit inutile, ex prætoriâ quidem æquitate ſervatur, multumque ab acceptilatione diſtat, quæ pluribus ſolemnitatibus perficitur, & civilis eſt modus extinguendæ obligationis *l.* 1. *&* 5. & ferè per omnem tit. de acceptilationibus §. 1. *inſt. quibus modis tollitur obligatio;* ad differentiam pacti de non petendo, quod nudam ſolùm paciſcentium conventionem deſiderat, nec ipſo jure, ſed exceptionis auxilio antè contractam obligationem eliditur *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 3. *de except.* §. *prætereà inſt. eodem.* Licèt autem pactum de non petendo, debiti remiſſionem contineat, non ideò quælibet remiſſio liberatorium pactum dici poteſt, ſed ea ſola, quæ ex reciprocâ creditoris, & debitoris voluntate procedit ex reg. *tex. in l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quæ verò ſolius creditoris continet voluntatem, nullam obligationem poteſt extinguere, quæ ſicuti abſque mutuo duorum conſenſu non inducitur, ſic ſine reciproco diſſenſu non diſſolvitur juxtà vulgarem reg. *tex. in l. prout* 80. *de ſolutionib. l. nihil* 35. *de reg. jur.* & ſic liberatorium pactum non eſt, ut rectè docuit Cujac. *ad rubr. cap. hoc tit.* Nec quodlibet etiam liberatorium pactum noſtram onerat inſpectionem, cùm enim aut tranſactionis causâ, aut donationis poſſit fieri *l. ex conducto* 15. §. *Papin.* 4. *locati*, *l. tutores* 39. §. *ab eo* 13. *de adminiſtr. tut. l. donatarii* 27. §. 1. *de donationibus l. cum donationis* 34. *C. de tranſact.* Et pactum tranſactionis causâ factum, quod dubiè litis præſentis, aut futuræ non gratuitam continet remiſſionem, propriam ſedem habeat *ſub tit. ff. & Cod. de tranſactionib.* De eo ſolùm pacto, quod gratuitò debitum certum remittit, & ſpecies ſit donationis *l.* 1. *de tranſact. l.* 5. §. *circà* 5. *l. ſi quis* 25. §. *leges ſervit.* §. *ſi duo* 3. *cum ſeq. l.* 32. §. *planè* 26. *de don. i. inter vir. & uxor. l.* 9. *de donat. l. ſi donationis* 18. *eod. tit.* Agitur in noſtro titulo de quo ideò tota noſtra erit diſceptatio.

Liberatorium itaque pactum ex cauſâ donationis, quia nudam paciſcentium conventionem abſque ullâ ſolemnitate requirit, non expreſſâ ſolùm, ſed tacitâ voluntate perficitur *l.* 2. *hoc tit.* junctis, quæ pro ejus explicatione tradunt cum pluribus Oſſuald. *lib.* 22. *commentar.* Donelli *cap.* 4. *lit. A. &* Dom. Ferdinand. de Mendoza *lib.* 2. *de pactis cap.* 1. *per tot.* eſtque in duplici differentiâ aut expreſſum aut tacitum: Expreſſum illud eſt, quo verbis intercedentibus, quibus mutuus conſenſus exprimitur, debitum remittitur. Tacitum dicitur, quod mutuum remittendi debiti conſenſum re ipſâ, id eſt pacto, non verbis declaratum continet, eandemque, quam expreſſum, habet poteſtatem, argum. *tex. in l. de quib.* 32. §. 1. *de legib. l.* 5. *rem ratam habet*, cujus pacti taciti inſignia ſanè exempla in jure repetiuntur, & eorum celebriora ſtatim ſigillatim juvat percurrere. Et primùm occurrit inutilis acceptilationis exemplum, quæ tacitum de non petendo pactum includere dicitur. *Ex l. ſi unus* 27. §. *ſi acceptilatio* 9. *hoc tit. l. cum emptor* 5. *de reſcind. vend. l. an inutilis* 8. *principio. l. ſi accepto* 19. *de acceptilatione*; quia cùm acceptilatio eò tendat, ut obligationem diſſolvat, quamvis ex 2

defectu formæ, aut alicujus ſolemnitatis ſit inutilis, utilem remittendi debiti tacitam conventionem involvit, quæ cùm nudam creditoris & debitoris exigat voluntatem, ex inutili etiam actu poteſt deſumi, argum. *tex. in l. ult. de rebus eorum, l. planè* 34. *de legatis* 1. *l.* 3. §. 1. *de inſtr. l. licet* 20. *l. legatum* 24. §. 1. *de adm. legatis docent* Ant. Gom. *tom.* 2. *variar. cap.* 14. *n.* 16. Otoz. *lib.* 1. *de apicib. jur. civ. cap.* 10. *n.* 6. Dom. Olca de ceſſione juris *tit.* 11. *q.* 5. *ex n.* 21. *dict.* §. 1. *inſtr. quibus modis tollitur obligatio*; ſi ei, qui non verbis, ſed re, vel alio modo obligatus eſt accepto latum, ſit inutilis acceptilatio, quamvis tacitum pactum de non petendo ſubſiſtat, *d. l.* 5. *de reſcind. vend. d. l.* 19. *de acceptilationib.* idemque obtinet, ſi per verba non identica acceptilatio peracta fuerit, quæ inutilis quidem erit, ut indicat *tex. in l.* 7. *Cod.* & ab argum. *tex. in* §. 3. *inſtr. de verb. oblig.* Efficax tamen liberatorium pactum tacitè continet. Similiter, quamvis acceptilatio tanquam actus executivus ab implemento ſubſtantiam capiens, nec in diem, nec ſub conditione poſſit fieri *l.* 4. & 5. *de acceptilationib. l. actus* 77. *de reg. jur.* & tacitam ſolùm ex naturâ rei conventionem recipiat, eam ſcilicet, ſub quâ fuerat contenta obligatio, de cujus diſſolutione tractatur in *l. ſub conditione* 16. *de ſolutionib. l. quod in diem* 13. *de acceptilationib. d. l.* 77. In diem tamen, vel ſub conditione facta utile de non petendo pactum includit poſt diem venientem, aut conditionem exiſtentem, ut ſine indagine docent *Cujac. ad pandectas in d. l.* 27. §. 9. *hoc tit.* Ant. Faber *in rationali ad pand. in l.* 30. §. *ult. eod. tit.* Gothofred. *in notis ad* §. 9. Quamvis contrarium Bartholus ſentire videatur. Idem Gothofred. ſibi contrarius ad dict. *l.* 8. *de acceptilationib.* Moveor ex eo, quod ſi dies apponatur tanquam terminus ad quem, vel obligatio uſque ad aliquam conditionem ſit contracta, quamvis nec diei adventus, nec conditionis exiſtentia poſſint ipſo jure ſemel perfectam obligationem extinguere, ex hujuſmodi conventione utile reſultat pactum de non petendo poſt diei adventum, aut conditionis exiſtentiam. *L. obligationum* 44. §. 1. & 2. *de oblig. & action. l. cum qui* 56. §. *qui ita* 4. *de verb. oblig.* §. *an ſi ita ſtipuleris* 3. *inſtr. eod. tit.* Quamvis in diem, vel ſub conditione facta acceptilatio non poſſit ipſo jure obligationem extinguere, utile tamen pactum de non petendo poſt diem, aut conditionem tacitè continebit. Rursùs hoc ipſum à ſimili probatur decretorio text. in *l.* 4. *de ſervit.* ubi quamvis conſtitutio ſervitutis tanquam actus executivus fieri ſub conditione non poſſit ad differentiam ſtipulationis, in quâ ſervitus ſub conditione rectè deducitur *l. exiſtimo* 98. *de verb. oblig. cum die* . 4. *ex num.* 4. Gothofred. in d. l. 77. *de reg. jur.* Petr. Faber *in Cod. text.* & *lib.* 2. *ſemeſtrium cap.* 22. *cum ſeq.* Si tamen eſt aliquâ ſub conditione ſervitus conſtituta, à Prætore defenditur conſtitutio, & qui poſt exiſtentiam conditionis contra placita ſervitutem vindicaverit, pacti exceptione ſubmovetur. Ex hinc inutilis conditionis appoſitio utile pactum de non petendo producit. Similiter ergo inutilis acceptilatio diei, aut conditionis propter addictionem in vim taciti pacti de non petendo debeut à Prætore defendi. Nec aliud probat textus, qui Bartholum & Gothofredum decepit in dict. *l.* 5. *de acceptilationibus.* Uti quando dicitur in diem factam acceptilationem nullius eſſe momenti, ſic exaudiendum eſt, ut jure civili attento, nullius momenti ſit acceptilatio, non autem 23. jus Prætoris, quod in vim pacti ſimilem conventionem tuetur, ſeu quod idem eſt nullius momenti in ratione acceptilationis, non in ratione pacti, quod tacita voluntas producit.

Ex quibus noviter intelligo textum in *l. niſi* 3
14. *de acceptilationib.* ait Paulus: *niſi conſentiat acceptilatio cum obligatione, & niſi verum eſt, quod in acceptilatione demonſtratur, imperfecta eſt liberatio; quia verbis verba ea demum reſolvi poſſunt, quæ inter ſe congruunt.* Hæc Pauli ſententia quominùs adaptetur caſui, quo ei, qui non verbis, ſed re, vel alio modo obligatus eſt accepto fertur, quamvis acceptilatio ab obligatione diſſentiat, facit ratio ab ipſo juriſconſulto quæſita, quæ verbis contractam obligationem evincit, nec magis eum caſum complectitur, quo per non identica verba acceptilatio peracta fuerit, quia licèt tunc neque acceptilatio cum obligatione conſentiat, nec acceptilationis, nec obligationis verba inter ſe congruant, verificari tamen non poteſt, quod Paulus ponit ibid. *Et niſi verum eſt quod, in acceptilatione demonſtratur*, quæ verba, ſuperiori themate retento, nullum ſenſum commodum recipiunt. Denique nec de eo caſu poteſt accipi, quo aliud, quàm quod debetur, accepto fertur; quod cenſuiſſe Dionyſius Gothofred. videtur; & tenet *Donell. lib.* 16. *comment. cap.* 21. tum quia deficiente obligatione circa rem non debitam, non niſi indefinitè, ſeu ineptè de non ſupponenti ſubjecto Paulus loqueretur, dum dixit acceptilationem cum obligatione non conſentire, tum etiam, quia quando aliud, quàm quod debetur accepto fertur, non ſolùm inutilis acceptilatio in ratione acceptilationis, *l. & per jusjurandum* §. *eum qui* 5. *de acceptilat.* ſed in ratione pacti quoad rem debitam in conventione non comprehenſam extendi non poteſt, *d. l.* 27. §. *pacta* 4. *verſic. antè omnia hoc tit.* & ſic nec perfectam, nec imperfectam liberationem producit, cùm eam inutilis acceptilationis ſpeciem Paulus pertractet, in quâ imperfecta ſaltem naſcitur liberatio, alium caſum quærere cogimur, qui non alius eſt, quàm ubi ei, qui purè debet, in diem, aut ſub conditione acceptum fertur; tunc nec in diem, nec ſub conditione facta acceptilatio cum purâ obligatione conſentit, nec acceptilationis, nec obligationis verba inter ſe congruunt, ut probant ab argumento textûs *in l.* 1. §. *ſi quis ſimpliciter* 3. *de verb. oblig.* §. *prætereà* 5. *inſtr. de inutilibus ſtipulationibus*, juncto Valentia *lib.* 2. *illuſtrium tract.* 3. *cap.* 5. quamvis in peragendâ ſtipulatione in diem, aut ſub conditione contractam obligationem falsò dicatur, quo ſenſu illa Pauli verba accipio, *& niſi verum eſt*, inutilis quidem eſt acceptilatio in ratione acceptilationis, non verò in ratione pacti, quod eleganter Paulus ſignificat, ſed dùm imperfectam eſſe liberationem ſcribit, quaſi dicat inutilem acceptilationem, imperfectam ſolùm liberationem producere, ſic meritò vocans liberationem ex pacto provenientem, quia pactum ad differentiam acceptilationis, nec ipſo jure obligationem extinguit, nec liberat exemplo ſolutionis, nec omnibus ejuſdem obligationis participibus prodeſſe, quæ ſingula ſuis locis latiùs diſcutiemus.

Elegans alter caſus taciti pacti liberatorii ex 4
inutili acceptilatione eliciti extat apud Ulp. in difficillimo alioquin textu, hinc præter vulga-

rem captum intelligendo in *d. l. 13. §. ſi legatorum 8. de acceptilationib.* ubi dicitur, ſi legatorum ſub conditione relictorum fidejuſſori dato accepto latum ſit, exiſtente poſtea conditione legata deberi; id ex eo difficillimum eſt, quòd *per acceptilationem factam fidejuſſori*, qui per ſtipulationem ſemper accipitur, reus principalis etiamſi non verbis, ſed alio modo ſit obligatus per conſequentias liberatur, ut dixerat *Ulp. in §. ſed ſi 7. ejuſdem legis 13. junct.* Explicatione Domini Larreaſegui *lib. 8. ſelect. cap. 2. per totum*, ergo fidejuſſore per acceptilationem liberato, etiam hæres à legatorum obligatione debuit liberari; omiſſis antiquorum deliriis, Larreaſegui dicto *lib. 8. cap. 3. n. 1. §. 11.* diſcrimen conſtituit inter fidejuſſorem conditionali contractui adhibitum, & eum qui pro conditionali legato acceptus, ita ut fidejuſſore conditionali contractui adhibito per acceptilationem, pendente conditione factam per ejus exiſtentiam liberato, reus etiam liberetur, quia ea eſt conditionalium contractuum natura, ut exiſtente quandocunque conditione, perindè omnia æſtimentur, acſi nulla conditio interceſſiſſet; *l. 1. de periculo, & commodo rei vendita l. 11. §. 1. qui potiores in pignore habeantur*: Pro legato autem conditionali accepto, fidejuſſori acceptilatio pendente conditione facta inefficax omninò ſit, etiam in caſu exiſtentis conditionis, quia adhuc poſt ejus exiſtentiam non perindè habetur, ac ſi jure relictum fuiſſet. *L. quæ legata 18. de reg. jur.* Cujus qualitates aſſumit fidejuſſoria obligatio ex ejus causâ interpoſita, ex *reg. textus in l. 1. §. ſi quis 14. ut legatorum nomine cav.* quæ quidem interpretatio multiplici vitio laborat, certius quippe eſt legata conditionalia, exiſtente poſteà conditione ad inſtar contractuum perindè haberi, ac ſi jure, & ſine conditione relicta fuiſſent, diſſenſi ſunt textus in *l. ult. §. 1. verſ. quippe de vulg. & pup. ſubſtitutione. l. ſi pupillus 26. de conditione inſtr.* conducunt, & text. in *l. 11. §. 1. de legat. 1. l. ſi fundum 105. de conditione & demonſtr.* Meliores, & inevitabiles ad rem textus in *l. 9. §. ſed ſi d. l. 11. §. 1. qui potiores in pignore hab. l. 2. eod. eod. titulo.* Ut rectè pleriſque ex his viribus non adductis, *Donell. ad leg. ſi filius fam. 78. de verb. obligat. num. 6. cum duob. ſeq.* Rursùs ut legatum conditionale etiam pendente conditione poſſit novari, ita ut novationis poteſtas in exiſtentis conditionis tempus deferatur. *L. ſi ſtichum 8. §. 1. de novationib.* & quod magis eſt in Aquiliana ſtipulatione deductum, etiam dum pendet conditio, acceptum ferri poſſit. *L. 4. de tranſact. ſi ſub conditione 21. de acceptilationib.* ad inſtar debiti conditionalis ex contractu *dict. l. 12. eod. tit.* dicendum videtur per acceptilationem fidejuſſori accepto pro legato conditionali factam, exiſtente conditione tam hæredem, quàm fidejuſſorem liberari.

5 Subtiliùs tamen noſter Anteceſſor D. D. Laurentius Santos de S. Pedro in Academicis *de pactis cap. 3. q. 2. num. 4.* ex mente Dionyſii Gothofredi aſſerit in *dict. §. 8.* inutilem quidem acceptilationem fuiſſe, quia legatum, quod nondum legatum eſt, ac propterea nec debitum, acceptum fieri non poteſt, in vim taciti pacti de non petendo valuiſſe, quod ſoli fidejuſſori, non etiam hæredi prodeſt, ex reg. text. *in leg. fidejuſſori 23. hoc tit.* & exiſtente poſteà conditione, ab hærede quidem legatum deberi, non à fidejuſſore, qui per pacti conditionem defenditur, quam doctrinam ſic explico: Legatum, pendente conditione ſolutum intelligi non poteſt, quia nec ſolvi, donec agnoſcatur, nec agnoſci, donec deferatur, nec deferri antè exiſtentiam conditionis dici poteſt. *L. ſi ita 45. §. 1. de leg. 2. l. homine 28. de optione legata*, junctis Goffr. in *leg. uxorem 41. §. ſervus 12. de leg. 3. num. 32. cum trib. ſequentib. ex num. 47.* Coſta *dict. lib. 1. ſelect. cap. 2.* Larreaſegui *lib. 1. ſelect. cap. 2. num. 9. & 10.* Unde acceptilatio, quæ liberat exemplo ſolutionis *d. l. 5. de acceptilationib.* inutilis eſt in perſonâ fidejuſſoris, cujus obligatio legati conditionalis naturam ſortitur. *d. l. 1. §. 14. ut legatorum nomine cav.* ad differentiam debiti conditionalis ex contractu, quod cum jam ſit acceptatum, & quod ad ſpem ſaltem acquiſitum. *L. 11. cui 42. de oblig. & act.* & vulgar. etiam dum pendet conditio, rectè acceptum fertur *d. leg. 12.* de acceptilat. ex utili tamen acceptilatione tacitum liberatorium pactum deſumitur, quod cùm fidejuſſori dumtaxat prodeſſe poſſit, non impedit, ut exiſtente poſteà conditione, legata debeantur. Nec tunc obſtat, quòd legatum conditionale poſſit novari *dict. l. 8. §. 1. de novationib.* Inter novationem quippe, & acceptilationem eam differentiam conſidero, quod acceptilatio eſt actus executivus, & in neceſſarium antecedens legati agnitionem prærequirit, quæ nec pendente conditione poteſt de præſenti fieri; nec magis in caſu exiſtentis conditionis per executivum acceptilationis actum ſuſpendi, novatio autem quamvis ad inſtar ſolutionis præſentem obligationem extinguat, non tamen executivus actus eſt, imò recepit expreſſam conditionem *l. quoties 14. de novationibus*, quia per ſtipulationem fit, quæ non modò in præſens, ſed in futurum tempus rectè confertur, & quamvis legati agnitionem ſupponat, eam in tempus exiſtentis conditionis ſuſpendit, quod in jure non repugnat; ſimiliter enim pactum de legato non petendo, ejus agnitionem ſupponit, & tamen quia in futurum concipitur, etiam ſuper conditionali legato poteſt fieri, *l. & heredi 21. §. item 4. l. 46. hoc tit.* unde legatum conditionale ſemel factum acceptum etiam ferri poteſt, *l. 4. de tranſact. d. l. 21. de acceptilationib.* quia ſtipulatio novandi animo interpoſita propriam naturam ſortitur, nec veteris obligationis inducit qualitates, *l. ſi creditor 15. l. novatione 18. l. emptor 27. de novationib.* debitum autem ex conditionali ſtipulatione proveniens utiliter acceptum fertur *d. l. 12. de acceptilationib.* ex quibus obiter rejectis interpretibus, explico textum in *l. legata 41. de cond. & demonſt.* ubi quod dicitur legata ſub conditione relicta delegari interim non poſſe, ſic exaudiendum exiſtimo, ut inutilis ſit delegatio etiam in caſu exiſtentis conditionis, nam delegatio duos actus continet, mandatum ſcilicet, & ſtipulationem, ut ad aliam rem docet Valentia *lib. 2. illuſtrium tract. 3. q. 4. num. 82.* ex quibus ſi primus qui inter legatarium, & hæredem peragitur, in præſens tempus conferatur, id eſt ſi legatarius conditionalis mandet hæredi, ut ſtatim, non expectatâ conditione, rem legatam ſuo creditori promittat, inutilis omninò eſt delegatio, quæ legati agnitionem ſupponat, quæ non poteſt per præſens mandatum in tempus exiſtentis conditionis differri, in quibus terminis procedit textus in *d. l. 41.* alioquin ſi mandatum in futurum

conferretur, id eſt ſi legatarius mandaret hæredi, ut poſt adventum conditionis rem legatam ſuo creditori promitteret, utilis eſſet delegatio, nec quidquam impediret per mandatum in futurum tempus collatum legati agnitionem in caſu exiſtentis conditionis ſuſpendi.

6 Alteram etiam pacti taciti ſpeciem de non petendo ex inutili acceptilatione producti *in d. l. 13. §. qui ita 9. de acceptilationib.* contineri non dubito, omiſſis quæ tradit Larreaſegui *dict. lib. 18. q. 5. n. 12. cum ſequenti*, poſitâ ibi, ſic accepto fidejuſſore, quod Titio credidero fide tuâ, eſſe jubes per acceptilationem Titio creditum accepto latum fuiſſe, & docet Ulp. reo, qui poſteà pecuniam mutuam accepit, liberationem non contingere, quia etſi non ante liberatum fidejuſſorem credita pecunia fuerit, non tamen reus antiquiori acceptilatione, quàm obligatio ejus eſt, potuit liberari; quam deciſionem ſic intelligendam contendo; poteſt quidem fidejuſſor principalem obligationem præcedere, quamvis ejus ſit acceptilatio, non tamen ante obligari, quàm principalis exiſtat obligatio *l. 6. §. ult. l. 16. §. fidejuſſor 3. l. fidejuſſor 57. de fidejuſſorib.* Nec magis ante per acceptilationem liberari ex reg. textûs *in l. 116. de verb. oblig.* Acceptilatio itaque ante pecuniam creditam facta fidejuſſori inutilis eſt ex defectu obligationis, tacitum tamen liberatorium pactum producit, quod etiam ante exiſtentem obligationem poteſt concipi, & in tempus exiſtentis obligationis conferri. *d. l. 7. §. ſi ante 17. hoc tit. l. 3. §. 1. in quantitate 73. in fin. principii d. l. 7. §. ſi ante 17. ad leg. Falcid.* ad novationis ſimilitudinem, quæ quia in futurum concipitur, poteſt in id tempus ante exiſtentem obligationem conferri, quo ſtiterit obligatio. *dict. l. 8. §. ſi quis 20. de novationib.* & fidejuſſor in caſu creditæ pecuniæ probabiliter taciti pacti exceptione creditur liberatus, reus autem quandocumque ſuam pecuniam acceperit, tenetur, ut pote nec liberatus poteſt intelligi per inutilem acceptilationem ex defectu obligationis, nec magis per tacitum pactum *ex d. l. 13. §. 9. de acceptilat.* ſed dices, fidejuſſor *in d.* §. 9. ſub illâ conditione interceſſit, ſi pecunia credita fuiſſet, ſed conditionali debitori facta acceptilatio in caſu exiſtentis conditionis exiſtit *d. l. 12. de acceptilat.* ergò acceptilatio fidejuſſori antè pecuniam creditam facta in caſu creditæ pecuniæ ſubſiſtere, & tam reum, quàm fidejuſſorem debet liberare. Reſpondeo, quod fidejuſſor in *d.* §. 9. non conditionali, ſed futuræ obligationi fuit adhibitus, inter conditionalem autem & futuram obligationem illud intereſt, quòd in conditionali obligatione aliquis debiti conceptus vertitur, etiam pendente conditione *d. l. 42. de oblig. & act.* & conditionale debitum ſicut interim conſentienti creditori poteſt ſolvi, ita ut liberatio poſt exiſtentiam conditionis contingat *d. l. 16. de ſolution.* non invito contra textum ſic intelligendum *in l. 38. §. inter cætera 16. de verb. oblig.* ſic & acceptum ferri, in futurâ autem obligatione nullus debiti conceptus poteſt conſiderari, qui ſolutionem, & acceptilationem admittat.

7 His omnibus, quæ de inutili acceptilatione diximus illud ſtatim obſtat, quòd inutilis acceptilatio ex alicujus ſolemnitatis defectu, nec in vim pacti conſiſtit *l. 1. §. cum 4. de conſt. pec. l. 1. §. ſi quis ita 2. verſic. contra de verb. oblig. l. ſi quis pro l. 56. §. 1. de fidejuſſ.* & tamen obligatorium pactum non minùs quàm liberatorium ſine ullâ ſolemnitate ſolâ voluntate perficitur, nec inutilis acceptilatio poterit in vim taciti pacti de petendo ſubſiſtere, placuit tamen, & meritò non Veſpertinis noſtris anteceſſoribus ad *tit. 5. de verb. oblig.* cum repetentibus, ſententia Cujacii, & Antonii Fabri, quos refert, & ſequitur Valentia *lib. 2. illuſtr. tract. 3. cap. 4. n. 14.* aſſerentium inutilem acceptilationem ideò in vim liberatorii pacti prodeſſe, quia cum acceptilatio, & pactum de non petendo quamvis diverſimodè eundem liberationis effectum producant, inutilem acceptilationem de facto peragentes, paciſcendi animum habuiſſe intelliguntur, ut confirmat ab argumento text. in l. intra illum 41. hoc tit. quæ rectè adverſus Cujacium explicat Oroz. *lib. 3. de apicib. q. 11. n. 6. cum ſequenti*, inutilem autem ſtipulationem ideò nec in vim pacti ſubſiſtere, quia cum ſtipulatio, & pactum diverſos effectus pariant, inutilem ſtipulationem contrahentes, qui id agunt, ut ex ſtipulatione efficax actio naſcatur, paciſcendi animum non habuiſſe creduntur; Accedit, quòd cùm præcipuum Romanorum ſtudium fuiſſet, ut obligationes minueret, & liberationes adſtrueret *l. Arrianus 47. de oblig. & act. l. favorabilib. 125. de reg. jur.* ne obligationum multitudo civium patrimonium exhauriret, crudelemque creditorum tractationem miſeri debitores paſſim experirentur, doctè, & eruditè illuſtrat Mendoza *lib. 3. de pactis cap. 9. n. 12. cum ſeq.* inutilem acceptationem, quia fertur ad liberandum in vim pacti, ſuâ interpretatione conſulti adjuvarunt, inutilem verò ſtipulationem, quia tendit ad obligandum, interpretari auſi non fuerunt.

8 Hæc autem differentia partim ex tacito conſenſu, partim ex politicâ Romanorum ratione deducta ceſſat, ſi contrarius conſenſus interceſſerit, etenim ſi vel ex ipſo inutilis ſtipulationis tractatu, vel ex ejus præfationibus paciſcendi animus elicitur, inutilis ſtipulatio nudum pactum continet, utpote quod nullâ voluntate peragitur, ut probant ab argumento textûs *in d. l. 7. §. quod ferè 12. hoc tit. & in d. l. 1. §. 4. de conſtit. pec.* & expreſſus meo judicio textus eſt in *l. 35. §. ult. de verb. oblig.* in quâ ſuppoſitione omiſſo Oroz. *lib. 1. de apicib. cap. 5. num. 35.* neceſſariò intelligendus eſt textus *in leg. 56. de fidejuſſorib*, ubi ſi à filiofam. pater ſtipuletur, & ſic inutiliter *§. item inutilis 6. inſtr. de inutilib. ſtipulat.* eo nomine acceptus fidejuſſor tenetur, quod urgentiſſimum eſt naturalis obligationis indicium *l. 16. §. 3. de fidejuſſorib. cum aliis*, quæ nonniſi ex tacito pacto in inutili ſtipulatione contento potuit oriri, quamvis vice verſa ſi filius à patre ſtipuletur, fidejuſſor acceptus non tenetur non quidem propter naturalis obligationis defectum, ſed etiam propter rationem, quam tradunt Cujac. *lib. 15. quæſt. Papiniani*, dico, *Pauli, in d. l. 56. §. 1. & Donell. lib. 14. commentar. cap. 29.* ſimiliter ſi vel ipſa inutilis ſtipulationis conceptione, vel ex ante geſtis paciſcendi animi defectus dignus caveatur, veluti ſi debitor, aut creditor ullius momenti eſſe acceptilationem ſciens, eam abſque abſolvendæ obligationis animo peregerit, ex defectu conſensûs inutilis acceptilatio utile pactum continet *d. l. 8. de acceptilat.* argum. textus *in l. non ſolùm 31. de oblig. & act.* Junct. *leg. ſi ſub impoſſib. 29. de fidejuſſorib.* quemadmodum & ex hac ratione tranſactio,

Digitized by Google

quæ ex eo inutilis eſt, quòd nil eo nomine datum, retentum, aut promiſſum ſit. *l. tranſact.* 38. *cod. de tranſact.* quamvis tendat ad liberandum propter defectum conſenſus, nec in vim pacti de non petendo ſubſiſtit, *l.* 3. *cod. de repud.*, *vel abſtinen. hered.* nec enim quia aliquâ pecuniâ acceptâ, vel retentâ, à lite diſcedere, eamque remittere intendit, hoc ipſo gratuitam litis remiſſionem per pactum de non petendo facere voluiſſe credendus eſt; imò per contrarium ita demùm à lite diſcedere vult, ſi pecuniam eo nomine acceperit, vel retinuerit, ut advertit Petrus *Caſtalius in d. l.* 27. *§.* 7. *hoc tit.* & *Cujac. ad tit. cod. de repud. vel abſtin. hæreditate.*

9 Adhùc tamen inutilem acceptilationem, nec in vim pacti liberatorii poſſe defendi, ex eo ſuaderi videtur, quod inutilis novatio, aut delegatio quamvis tendat ad liberandum, nec in vim taciti pacti de non petendo defenditur *l. in perſona* 30. *§.* 1. *hoc tit.* nec difficultatem ſolvit Valentia *dic. lib.* 2. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 1. *cum ſeq.* dum aſſerit, quod cùm novatio, aut delegatio per ſtipulationem contrahitur *l.* 11. *§.* 1. *de novation. l.* 1. *cod. eod. tit.* ſicut inutilis ſtipulatio in vim pacti non ſubſiſtit *d. l.* 1. *§.* 4. *de conſtitutâ pec. cum ſimilibus*, ſic nec inutilis novatio, aut delegatio tacitum pactum de non petendo poteſt continere, diſſimilis namque eſt cauſa inutilis ſtipulationis, quæ ideò in vim pacti non defenditur, quia ut nuper diximus, quiſquis ſtipulatur id agit, ut alterum ſibi efficaciter adſtringat, quod cùm per pactum aſſequi non poſſit, non paciſcendi, ſed ſtipulandi dumtaxat animum habuiſſe intelligitur, & inutilis novatio, delegatiove utile de non petendo pactum ex eo continere videtur, quòd non ſolùm ad obligandum, ſed ad liberandum tendit, in id ſcilicet contrahitur, ut prior obligatio perimatur, & in novam transfundatur; ergo inutilis acceptilationis exemplo, inutilis etiam novatio, aut delegatio tacitum pactum liberatorium continere poteſt. Verior ergo ratio, quæ inutilem novationem, aut delegationem ab inutili acceptilatione ſecernit, ex mente Antonii Fabri ex rational. ad textum *in d. l.* 30. *§. ſi ſub conditione* 2. *hoc tit.* ex eo pendet, quòd cum in novatione, aut delegatione id principaliter agatur, ut non acquiratur obligatio, per conſequentem ut prior obligatio extinguatur, conſtat creditorem ità demùm priorem obligationem extinguere, & debitorem ejus vinculo adſtrictum liberare velle, ſi novam obligationem acquiſierit, & ſic in novatione, aut delegatione non abſolutam in acceptilatione, ſed conditionalem prioris obligationis diſſolvendæ voluntatem contineri, & eam eſſe conditionem ſi nova obligatio fuerit acquiſita, quæ cùm deficiat in terminis inutilis novationis, aut delegationis, implicat contra creditoris voluntatem ex inutili novatione, aut delegatione efficax liberatorium pactum inducit *l.* 30. *§.* 1. *hoc tit.* pro cujus meliori expoſitione, & plurium difficultatum, quæ ad noſtrum tractatum non ſpectant, ſolutione, conſulendi ſunt Antonius Faber in ejuſdem rational. Valentia ubi ſuprà. Santolaria *interpretatione* 15. Larreaſegui *lib.* 1. *Selectar. q.* 5. *num.* 7. eandem inter inutilem delegationem, & inutilem ſtipulationem differentiam *in dict. leg.* 30. *§.* 2. contineri exiſtimat Cujacius *ad Pandect. in ejus commentar.* quam jure carpit Antonius Faber in ejuſdem rationalib. aſſeritur ibi ſub conditione factam delegationem deficiente conditione nec in vim pacti de non petendo ſubſiſtere, quod in acceptilatione factâ ſub conditione, quæ defecerit, ſecùs eſſe immeritò Cujac. contendit, quia quod diximus inutilem acceptilationem tacitum liberatorium pactum producere, ceſſat in acceptilatione inutili propter defectum voluntatis *d. l.* 9. *de acceptilat.* ſub conditione autem facta inutilis eſt ab initio ob juris rationem, utile tamen continet pactum de non petendo poſt exiſtentiam conditionis, ut num. 2. diximus; deficiente autem conditione non ſolùm inutilis eſt in ratione acceptilationis, ſed in ratione pacti de non petendo ex defectu voluntatis, quia is, qui acceptum tulit ſub conditione, eo fuit animo, ut non aliter debitorem liberaret quàm ſi conditio exiſteret; cùm omnibus actibus conditionalibus commune illud ſit, ut non ante effectum ſortiantur, quàm conditio exiſtat; ergo in caſu deficientis conditionis tacitè de non petendo pactum non poteſt intelligi.

Secundum taciti pacti liberatorii exemplum instrumenti redditio à creditore facta ſuppeditat, 10
etenim ſi creditor, vel ejus juſſu alius cautionem, id eſt inſtrumentum, ſeù debiti Chyrographum debitori reddiderit, de eo, quod ſibi debetur non petendo tacite pactus intelligitur *l.* 2. *§.* 1. *hoc tit. l. quod debitori* 15. *cod. de ſolut.* argumento textus *in l. hujuſmodi* 84. *§. ſi ita* 7. *de leg.* 1. pro cujus conciliatione *l. ab omni.* 104. *§. eod. tit.* Videndus Cujac. *ad Pandect. in l.* 44. *§. cum* 5. *eod. tit. §.* 1. *&* 2. *de liberatione legatâ. leg. Montis* 18. *§. lætitia* 2.2. *l. avunculo* 28. *de mortis causâ donatione*, in quibus conditio, ſi *Chyrographum hæredi reddiderit*, hoc importat, ſi hæredem debito liberaverit, & qui debitori Chyrographum legat, aut mortis causâ donat, hoc ipſo liberationem legaſſe, aut donaſſe cenſetur; faciunt etiam textus *in l.* 8. *§.* 1. *quod metus causâ, de poſſeſſione* 20. *cod. de probationib. l. unic. §. ille* 11. *cod. de latinâ libert. toll. l. ſicut* 25. *cod. de liberali causâ*, in quibus ſi ſervitutis inſtrumentum Dominus ſervo reddiderit, eum manumiſiſſe, & à dominicæ poteſtatis nexibus liberaſſe cenſetur; dum tamen quinque teſtium præſentia interceſſerit ex ſpeciali ratione, quam ex nequitiæ ſervilis ingenio eruditè docet Mendoza *lib.* 2. *de pactis q.* 3. *num.* 4. ſimiliter ergo redditio Chyrographi pro liberatione debitoris accipitur, ut ex elegantibus Divorum Auguſtini, & Ambroſii locis firmat *Cujac. ad tit. cod. de latinâ liber. toll. partita.* 1. *cap.* 29. *num.* 9. *& duob. ſeqq.* Hujus rei docet Salgado rationem in *labyrintho* creditorum, omiſſis quæ tradidit Oſuald. ad *Donell. lib.* 22. *commentar. cap.* 4. *lit. A*, quem refellere facillimum eſſet ex his, quæ docet *Cujac. ad Pandect. in d. l.* 2. *§.* 1. *hoc tit.* & *Mendoza dict. lib. de pactis q.* 2. *num.* 2. ex eo proficiſcitur, quòd licèt obligationis ſubſtantia in Chyrographo non conſiſtat *l.* 4. *de pignorib. l.* 4. *cum ſequenti*, *l.* 7. *&* 10. *cod. de fide inſtrum. l.* 2. *cod. de revocanda donatione.* ejus tamen probatio, ex quâ confeſſio, & exactio debiti naſcitur, tota ex Chyrographo pendet, *l. ult. de his, quæ in teſtam. delentur*, cujus ideò appellatione non tam nudæ tabulæ, quàm actionis quarum probatio in tabulis continetur, ſignificantur *dict. l.* 44. *§.* 5. *de legat.* 1. *l. Chyrograph.* 59. *de leg.* 3. *l.* 2. *cod. quæ res pignori obligari poſſint. l.* 1. *cod. de donat. cum ſimilibus.* Unde qui Chyrographum reddit debitori, cum faciliori

modo renuntiet, liberalitatem exercuiſſe, & tacitè de non petendo pactus intelligitur; tradunt *Conanus lib. 5. commentar. cap. 4. Cujac. in d. l. 2. §. 1. hoc tit. Treutlerus volum. primo diſp. 6. theſi 3. q. 21. Bachov. ad eundem volum. 1. diſp. 6. theſi 3. litt. B. Mendoza ubi ſupra. Vinn. de pactis cap. 22. num.* 10. fortiori etiam ratione, ſi creditor inſtrumento renunciaverit, poſtea petens pacti exceptione repellitur; expreſſa namque inſtrumenti renunciatio expreſſum continet pactum de non petendo, ſicuti & expreſſa litis renunciatio nun tacitum, ut putat Cujac. *ad l. 4. C. hoc tit.*, ſed expreſſum de non petendo pactum includit. *l. Papin. 28. §. 1. cum l. ſequenti de Minorib. l. 10. de judiciis. l. 2. ad Papinianum dict. l. 4. cod. hoc tit* quia litis nomine actio ipſa demonſtratur *l. litis 36. de verb. ſignif. Conanus dict. lib. 5. cap. 4.* niſi conſtiterit creditorem non aliter inſtrumento renunciaſſe, ſed cum ejus fides in dubium revocaretur, ne falſitatis pœnam incurreret, illo ſe non uſurum profeſſum fuiſſe. Hoc caſu ex instrumenti renunciatione pactum de non petendo non includitur, imò adhuc aliis probationibus nixus creditor ſuum creditum perſequi poteſt, juxta *in l. 3. cod. de fide inſt.* quem ſic adverſus Baldum intelligit Mendoza *dict. lib. 2. cap. 2. num. 5.*

11 Verùm ex inſtrumenti redditione tacitum de non petendo pactum non deſumi ex eo convinci videtur, quòd apocha, id eſt ſolutæ pecuniæ profeſſio inſtrumento collata majorem rei geſtæ probationem, quàm inſtrumenti redditio dicitur continere *l. pecuniis 24. cod. de ſolutionib.* ſed Apocha nec tacitum liberaturium pactum continet, nec liberat aliter, quàm ſi revera pecunia ſit tradita, ſeu ſoluta *l. ex plurib. 89. de ſolut. l. ſi accepto 19. §. 1. de acceptil.* docet cum pluribus Amaya *ad Rubric. cod. de pactis publicis lib. 10. num.* 2. Ergo nec inſtrumenti redditio tacitum de non petendo pactum concludit. Nec ſatisfacies, ſi dixeris, ideo certiorem probationem ex apocha, quàm ex inſtrumenti redditione deſumi, quia apochæ nulla alia utilitas eſſe poteſt præter probationem ſolutionis, redditi autem inſtrumenti plures aliæ ſunt utilitates, quas ad rem adducit Mendoza *dict. cap. 2. num.* 2. Hæc namque ſolutio auget potiùs, quàm tollit difficultatem, quam ut diluamus, dicendum eſt, non quamlibet inſtrumenti redditionem liberatorium pactum inducere, ſed eam ſolùm, quæ ab ipſo creditore ex liberalitate proceſſerit, etenim ſi alius contra ejus voluntatem chyrographum creditori reddiderit, ex hujuſmodi pacto nulla naſcitur obligationis liberatio *dict. l. 15. cod. de ſolut.* imò & ei creditor non ut liberalitatem exerceret, ſed ut aliam utilitatem debitori pararet, chyrographum ipſi reddiderit, ut in terminis textus magis liberatorium pactum inducitur, unde licèt, ſi inſtrumenti redditio liberaliter à creditore facta cum apocha conferatur, major, certiorque probatio, aut ſecuritas in inſtrumenti reſolutione, ex quâ tacitum de non petendo pactum reſultat, quàm in apocha contineatur, ſi tamen ſimplex inſtrumenti redditio, & Apocha inter ſe conferantur, ut *in dict. l. 14. cod. de ſolut.* ſecurior profectò probatio deſumitur ex apocha, ut pote quæ ſolutæ pecuniæ expreſſam creditoris continet confeſſionem, quàm ex ſimplici inſtrumenti redditione, quæ an liberali animo, & an ab ipſo creditore, vel ab alio proceſſerit, ignoratur. Utroque tamen caſu onus probandi incumbit creditori, qui ſiſpe futuræ ſolutionis apocham, ſe confeciſſe, nec pecuniam ſibi ſolutam eſſe contendat, olim quidem perpetuò *l. 6. l. ſi obligatum 13. cod. de ſolution.* hodie autem intra 30. dierum ſpatium audiendus eſt *l. in contractib. 14. §. nuper 2. cod. de non numeratâ pec.* exceptis quibuſdam caſibus, quibus nec intra triginta dies ulla admittitur adverſus apocham probatio, *d. l. 14. §. 1. l. 2.* Videndus Amaya *cod. de Apochis publicis lib. 10.* & ſi inſtrumentum ab alio contra ſuam voluntatem, vel à ſe quidem, non tamen non liberaliter redditum eſſe aſſeveret hoc ipſum probare tenetur, quod enim dicitur reum, qui pacti exceptione utitur, pactum docere debere, *l. in exceptionibus 19. de probation.* fallit, quoties inſtrumentum penes debitorem reperitur, quod in dubio liberaliter redditum à creditore præſumitur, quæ res ipſum creditorem oneri probationis adſtringet, ſicuti vice verſa, ſi inſtrumentum apud creditorem exiſtat, reus ſe ſolviſſe affirmet, ſolutionem probare tenetur, qui ideò poſtquam ſolvit, poteſt inſtrumentum repetere, *l. ſolutione 18. ad exhibendum l. ult. cod. eod. tit. l. 2. cod. de condictione ex leg. 4. & ult. cod. de ſolution.* nec obſtat textus *in l. 15. cod. eod. tit.* quo nixus, Donellus in explicatione ejus aſſerit, debitori probationis onus incumbere, nam cum ex pacto contra voluntatem creditoris redditum inſtrumentum proponeretur, nec ex hujuſmodi redditione liberatorium pactum præſumatur, meritò dicitur ſufficere creditorem quibuſcumque argumentis obligationem oſtendere, ut debitor nullâ exceptione munitus debitum ſolvere compellatur.

Ex quibus quæri communiter ſolet, utrum ſi 12
creditor ex pluribus ejuſdem debiti chyrographis, quæ penes ſe habebat, unum debitori reddiderit, hoc tacitè de non petendo pactus intelligatur? Negat præter alios relatos ab Oſualdo *dict. lib. 11. cap. 4. litt.* A. Vinnius de pactis *dict. cap. 12. num. 15. cum ſequenti.* Aſſerunt cum pluribus Mendoza *dict. lib. 2. cap. 2. num. 4. & Bachov. ad* Treutlerum *dicto volum. 1. diſp. 6. theſi 3. litt.* B. in quâ problematicâ ferè quæſtione verius cenſeo creditorem, qui inſtrumentum apud ſe retinuit, eò quod alterum debitori reddiderit, in dubium non intelligi debitum remittere, ſed inſtrumentum ideò reddidiſſe, ne duobus inſtrumentis retentis quidquam adverſus debitorem videretur moliri, & quia cum ex altero inſtrumento obligationis fides conſtaret, utrumque retinere ſupervacuum exiſtimare; pro quâ ſententiâ expreſſus eſt textus Papiniani, cui fruſtrà reſpondere tentant Adverſarii in *dict. l. ult. de his, quæ in teſtam. delentur.* ubi ſi ex pluribus tabulis eodem exemplo ſcriptis, quibus unum, idemque teſtamentum continetur *l. unum 24. qui teſtam. fac. poſſ.* quaſdam literas deleverit, non tamen teſtamentum irritum fieri, quia ex cæteris, quæ ſuperſunt, ejus veritas declaratur, niſi hi, qui ad legitimam ſucceſſionem admitti deſiderant, teſtatorem eo animo, ut inteſtatus moreretur, tabulas deleviſſe probaverint; ergo ex eo, quod creditor unum inſtrumentum debitori reddiderit, cùm ex altero, quod retinuit, debiti fides appareat, debitum remiſiſſe non cenſetur, niſi creditor eo animo inſtrumentum debitori reddidiſſet, ut debitum remittere oſtenderit; convincit hoc ipſum ignotus, nec ab interpretibus expreſſus textus ad rem in *l. qui tabulas 27. §. 1. verſ. quemad-*

modum defunctis. ubi ſi pluribus ejuſdem debiti tabulis, quædam ſubreptæ ſint creditori, eo nomine ſurti actio denegetur, quæ cùm ei ſoli competat cujus intereſt tabulas ſubreptas non eſſe, ei ſcilicet, qui debitum probare aliunde non poteſt, *l. argentarius* 10. §. *ult. de edendo d. l.* 25. *in princip. l. ſed etſi* 31. §. 1. *cum leg. ſequenti de furtis*; competere utique non poteſt creditori, penes quem aliud chyrographum remanſit, quod omnimodam probationis præſtat ſecuritatem: tunc ſic, ſi ex eo, quod aliquod inſtrumentum penes debitorem exiſteret, alio apud creditorem remaneote, aliqua liberationis orireur præſumptio, proculdubio furti actio compereret creditori, cui ejuſdem debiti ex pluribus tabulis aliquæ ſubreptæ ſuiſſent, utpote cujus intereſſet tabulas ſubreptas non eſſe, eum noo ſolùm debitum probaret, ad quod tabulas penes debitorem exiſtentes ſubreptas, vel contra ſuam voluntatem redditas oſtendere teneretur, & ſic ratione furti incommodum ſentiret non levem propter ancipitem probationis eventum, nec ſecurius exiſtere dici poteſt; ergo ex eo quod aliquod inſtrumentum penes debitorem exiſtat, alio apud creditorem remanente, nulla liberationis præſumptio conſurgit, ac per conſequens alicujus inſtrumenri à creditore aliud retineute facta redditio, tacitum liberatorium pactum non inducit, nec moror in contrariæ opinionis ſundamentis diſſolvendis, quibus ex dictis poteſt occurri.

13 Quæritur etiam, an ex inſtrumenti cancellatione taciti pacti de non petendo oriatur præſumptio? In quam rem ſiquidem ipſum creditorem inſtrumentum cancellaſſe conſtiterit? hoc ipſo debitum remiſiſſe dubium non eſt, ſicuti & ſæpe olim Imperatores Tribunorum reliqua, ſingraphis cremare juſſis, remittere ſolitos conſtat, ut de Auguſto refert Suetonius *in Auguſto cap.* 32. de Adriano Spartanus *in ejus vitâ*; & de Gratiano Auſonius *in gratiarum actione ad eundem*, cujus eleganter verba tranſcribit Heringius *de fidejuſſoribus cap.* 20. §. 8. *num.* 15. ſi verò inſtrumentum apud creditorem, aut debitorem vel, penes tertium cancellatum inveniatur, in dubiâ equidem juris præſumptione debitor liberatus cenſetur. *l. ſi chyrographum.* 24. *de probationibus, argumento textus in d. l. unic. cod. de* latinâ libertate tollendâ, *l. inductum* 22. *cod. de ſolution.* 12. latè Mendoza *d. lib. 2. de pactis q. 3. per tot.* & vel ſolviſſe, vel tacito pacto ex inſtrumenti redditione elicito egreditur liberatus, quicquid contrarium ex Alexandro ſubtilis Coſta inferat *in repetitione ad leg. ſi ex cautione 3. cod. de non numeratâ pecunia verbo petito, differentia 5. num.6.* & probandi onus in creditorem transfertur, quòd ſi debitor cancellatum ideò inſtrumentum dicat, quia ſolvit, probare ſolùm debet ſibi adhuc pecuniam deberi, juxta textum ad hos terminos videri meo reſtringendum in *d. l. 24. de probation.* ſin autem debitori inſtrumentum liberaliter à creditore debitum, & à ſe poſtea cancellatum affirmet, nil creditor agit, niſi inſtrumentum vel à debitore, vel ab alio contra ſuam voluntatem cancellatum oſtendat, & ſi debitum aliunde probaverit, debitor ad ſolutionem urgebitur, ſi verò inſtrumenti dumtaxat cancellationem ab alio factam oſtenderit, debitum autem probare non potuerit, furti, vel legis Aquiliæ actione poterit adverſus eum, qui inſtrumentum cancellatum, vel cancellavit, experiri, quatenus ſua intereſt inſtrumentum cancellatum non eſſe *d. l. 10. §. ult. dict. l. 32. de edendo, l. 40. cum 2. ſeqq. ad l. Aquil. dic. l. 27. §. ult. d. l. 32. §. 1. de furtis cum aliis*, pro quarum explicatione conſulendus omninò Soarez de Mendoza *ad l. Aquil. l. 1. cap. 4. ſect. 2. ex num. 27. & lib. 2. cap. 4. ex n.* 4. ſed opponi videtur textus *in l. fullo* 82. §. *ult. de furtis*, ubi adverſus eum, qui cancellatum ſubripuit, furti actio competere dicitur, ergo ex inſtrumenti cancellatione liberationis præſumptio non deſumitur, alioquin cum nil intereſſet inſtrumentum ſubreptum non eſſe, furti actio competere non poteſt, cui difficultati, omiſſo Mendoza *d. lib. 2. de pactis cap. 3. num.* 8. qui eum textum in debitore ſolùm procedere, nec ad creditorem adaptari poſſe exiſtimat, melius ex mente Cojacii *Paulum lib. 2. ſententiarum num. 22. de furtis §. qui tabulas* 21. reſpondetur, quod quamvis ex inſtrumenti cancellatione liberationis præſumptio naſcatur, propter ſubreptas tamen tabulas etiam cancellatas, ſivè creditori, ſivè debitori furti actio competit, debitori quidem, ſi ei ſunt ſubreptæ, quia cum debitum ſolvere cogatur, ſi liberationem aliunde non probaverit ſua intereſt cancellatas tabulas ſubrepas non eſſe, creditori autem, ſi ei ſubreptæ proponantur, quia, cum poſſit debitor tabulas ſibi reſtitui poſtulare, aut indebitum ſe ſolviſſe contendere, interea creditoris tabulas habere, ne ſorte ſuper eâ re controverſiam patiatur *d. l. 27. in princip. verſic. Sed poteſt de furtis.*

His tamen quæſtionibus diſcuſſis inter redditionem inſtrumenti, & pignoris redditionem illud intereſſe admonemus, quòd licèt inſtrumenti redditio tacitum de non petendo pactum contineat, ex pignoris redditione circa ſortem principalem liberatorium pactum non deſumitur *l. 3. hoc tit. argum. text. in l. 1. de liberat. legat.* nec refert quo animo pignus à creditore debitori reddatur, nam cum jus ipſum pignoris remiſſum intelligatur, reddentis creditoris animus expectatur, qui eâ mente rem pignoratam debitori reddiderit, ut is tandiù eâ utatur, quamdiù ipſe permiſerit, ex redditione non pignoris diſſolutio, ſed precaria conceſſio reſultat, *l. qui pignoris 36. §. 1. de acquir. poſſeſſ. cum ſimil.* Nec enim redditio ſine pignoris remittendi animo facta pignoris liberationem producit, textus elegans *in l. debitor 40. de pignor. actione*, juncto Arias de Meſa *lib. 1. variarum reſolut. q. 33. num.* 13. & 17. Si verò rem pignoratam ſimpliciter reddiderit, jus pignoris tacitè remiſſum intelligitur argum. text. *in l. 1. §. 1. de liberat. legat.* docent Mendoza *d. lib. 2. q. 2. num.* 2. Bachovius *lib. 5. de pignoribus cap.* 9. Arias de Meſa uti ſupra num 14. Vinn. *dict. cap. 12. num.* 12. quorum ſententia probatur tum ex *dict. leg. 3. hoc tit.* Ubi dum dicitur poſt redditum pignus, debitum rectè peti, ſatis innuitur pignoris obligationem remiſſam intelligi, tum ex diſerto textu *in l. 2. cod. de remiſſione pignoris* ut chyrographi connexus pignoris continetur, redditio pignoris diſſolutionem inducit ex ſupradictis, ergò fortiori ratione ipſius rei pignoratæ redditio debet pignoris extinctionem inducere! facit prætereà ab argum. text. *in l. cùm ex causâ 9. cod. de remiſſione pignor.* & *qui omiſſâ ſolutione.* Bachov. *dict. lib. 5. cap.* 9. ſi quid mei judicii eſt, noſtram fulcit ſententiam; exigit enim eâ mente rem pignoratam reddi, ut redditum pignoris vinculum extinguatur, quod 14

Digitized by Google

in ſimplici rei pignoratæ redditione verificatur, quæ extinguendi pignoris animo facta intelligitur, niſi creditor contrarium evidentiùs oſtenderit, ut conſtat ex *dict. num.* 10. *&* 11.

15 Circa ſortem autem principalem ex pignoris redditione tametſi liberaliter factâ tacitum liberatorium pactum non reſultat *d. l. 3. hoc tit.* quamvis 8. ad Vellejanum, juncto Cujacio 4. ad Africanum in leg. Vin. 17. §. 1. *eod. tit.* argum. text. *in dict. l.* 10. §. 1. *de liberatione legata*, junctiſque pro ejus explicatione adversùs Fabrum, & Schiphordegerum diſputant Valentia *lib. 3. illuſtr. tractatu 5. cap. 2. ex num.* 19. Amaya *lib.* 2. *obſerv. q.* 14. *per tot.* Bachov. *lib. 5. de pignor. q.* 9. quorum ſententiæ breviter ſubſcribit Olea *de ceſſione* juri, *tit.* 1. *quæſt.* 30. *num.* 30. faciunt etiam ab argumento text. *in l. etſi* 18. *quæ in fraud. creditorum*, *l. etiam* 11. *l. jubemus* 22. *cod. ad Vellejanum:* ratio ex eo fuit, quod pignoris obligatio acceſſoria, eſt principalis obligationis. *L. in omnibus* 43. *de ſolution. cum ſimilibus*, & cum ex acceſſorio id, quod principale eſt pendere non poſſit, *l.* 10. *de jur. Cod. cum aliis.* Etiam extinctâ pignoris obligatione, principalis obligatio conſideratur, *l. ſervo* 25. *cod. de pignerib.* & probant integri ferè tituli *ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolvitur*, *&* *cod. de remiſſione pignorum.* Sicuti ex eadem ratione, fidejuſſoriâ obligatione ſublatâ, principalis obligatio integra retinetur, *l. text.* 22. §. *quod ſi* 3. *de fidejuſſoribus*, ergò quamvis rei pignoratæ redditio vinculum pignoris extinguat, non ideò de principali debito non petendo pactum inducit; tradunt cum pluribus Dominicus Olea *dict. tit.* 1. *quæſt.* 2. *ex num.* 28. Salgado in labyrintho creditorum 1. *par. cap.* 8. *num.* 12. & pleniùs *cap.* 22. *num.* 3. qui eleganter aſſerit, quòd pignoris redditione creditoris ſolùm debitore confidentis urbanitas, non etiam principalis debiti remiſſio verſatur. Hujus autem doctrinæ illam limitatiorem ponit conſultus in d. l. 3. hoc tit. niſi ſpecialiter contrarium actum fuiſſe probetur, quæ non ſolùm in principalis debiti remiſſionis conventione, de quâ in eo textu non agitur, ſed in tacitâ procedit, cujus elegans non minùs quàm verum exemplum illud eſt, ſi cum pignus non ad ſecuritatem dumtaxat, ſed ut ex ejus fructibus creditori ſatisfieret, datum eſſet, creditor rem pignoratam debitori reddiderit, hoc ſanè caſu non modo pignoris obligationem, ſed & principale debitum tacitè remiſiſſe intelligitur; quippe cum in re ipſâ pignoratâ non ſolùm jus pignoris conſiſtat, ſed & debitum ipſum contineatur, & creditor, qui omne jus, quod in pignore reddito habebat, remittere intelligitur, non modò pignoris juri, ſed & principali obligationi renunciaſſe cenſetur, ut doctè fundat Salgado *dict. cap.* 29. per totum.

16 Celebriora jam taciti pacti liberatorii exempla docuimus, nunc quæ minorem operam deſiderant, quaſi per indicem colligamus; quiſquis in futurum debitæ pecuniæ uſuras accepit, prout fieri ſolere conſtat *ex l. qui Roma* 122. *de verb. oblig. l. ut nullo* 28. *cod. de uſuris*; hoc ipſo de ſorte circa illud tempus non petendâ pactus tacitè videtur, *l. qui in futurum* 25. *hoc tit. l.* 2. §. *nos malè* 6. *de doli mali*, *&* *metus exceptione*; quia cum uſuræ propter moram in ſolvendâ ſorte factam debeantur, *l. cum quidem* 17. §. *ſi pupillo* 3. *de uſuris*; & nullo modo peti jure, aut retineri à creditore poſſint pro eo tempore, quo ſors penes debitorem non fuerit, acceptis in futurum uſuris, dolo quidem, & adversùs tacitam conditionem creditor faceret, ſi intra illud tempus ſortem petere feſtinaret, ut explicant Donellus *ad l.* 2. *cod. hoc tit. num.* 12. Antonius Faber *in rationali ad l.* 57. Oſiuald. *d. lib.* 22. *cap.* 4. *l. A.* Alia autem taciti pacti ſpecies ſtat apud Papin. *in l. tale pactum* 40. §. *poſt diviſionem* 2. *h. tit.* quam optimè exponunt Cujacius *lib.* 1. *reſponſorum Papiniani*, *&* Faber *in ejuſdem textûs rational.* & plures aliæ taciti liberatorii pacti ſpecies, quæ noſtrâ explicatione non indigent, inveniuntur *in l. procula* 26. *de probationibus*, *juncto ibi Cujacio* 20. *quæſt. Papin. l.* 40. §. *quæſitum* 12. *de doli mali*, *&* *metus exceptione*, *juncto Donello d. lib.* 22. *cap.* 6. *l. qui ſimiles* 13. *dic. l.* 15. §. 1. *de uſur. l. adverſus* 2. *l. quamvis* 8. *cod. eod. tit.* pro quorum explicatione videndus omninò Donellus *dict. lib.* 22. *in d. l.* 5. & conducunt quæ latè per integrum commentarium tradit Amaya *ad l. cod. de apochis publ. lib.* 10. alia etiam exempla reperiuntur *in l. 5. de reſtituendâ venditione l. ult. de acceptilationib. d. l.* 2. §. *ſi creditores* 18. *cod. hoc tit.* quos textus ſuis locis penitùs explicabo, & alteros forſan taciti pacti de non petendo caſus in commentarii noſtri decurſu, prout inciderint, aſſignabimus.

Sed tamen longè minorem taciti, quàm expreſſi liberatorii pacti eſſe poteſtatem, ſeu potiùs tacitum de non petendo pactum nullum, & inutile prorsùs eſſe, illud videtur evincere, quòd quamvis per expreſſum pactum de non petendo poſſit quis uni ex hæredibus dumtaxat conſulere, *l.* 33. *hoc tit. l. avus* 10. *de pactis dotalib.* per tacitum tamen pactum non poteſt, quod inutile eſſe dicitur *in l. cum qui* 56. §. 1. *de verb. obl.* ubi cùm ſtipulatio ſic concepta fuiſſet, *te*, *&* *Titium hæredem tuum decem daturum ſpondes*, & promiſſionis plures hæredes extitiſſent, aſſerit Julianus, quod ſinguli hæredes pro hæreditatis portionibus ex ſtipulatu obligantur, & quamvis conveniſſe videatur, nec ab alio hærede, quàm à Titio peteretur, inutile tamen pactum conventum cohæredibus ejus erit; ergò nulla prorsùs eſt taciti liberatorii pacti poteſtas; huic diſficultati reſpondeo eandem taciti, ac expreſſi pacti liberatorii de non petendo eſſe efficaciam, & in *d. l.* 56. §. 1. non ideò Titii cohæredes per pacti exceptionem non defendi, quod tacitum pactum fuerit; ſed imò quia nullum pactum interceſſit; cùm enim id ſtipulator ageret, ut ſolidam, integramque ſummam in ſtipulatione comprehenſam à promiſſore, ejuſque hærede Titio conſequeretur, quem ultra hæreditariam portionem ex ſtipulatu obligare promiſſor non potuit, & ideò integram ſummam non aliter poſſit conſequi, quàm ſi eo nomine ſingulos adiens, de non petendo à Titio cum cohæredibus pactus intelligi non poteſt, & Titii perſona ſupervacuè ſtipulationi adjecta cenſetur. Nec contrarium ſuadent illa textûs verba, *&* *quamvis conveniſſe videatur*, in quibus dubitat Julianus, quæ decidit, quaſi diceret attentis contrahentium verbis, videri quidem poteſt conveniſſe, ne ab alio hærede, quàm à Titio peteretur, poſteà verò contrarium his verbis reſpondet; *tamen inutile pactum conventum cohæredibus ejus erit*, quæ ſic ſunt accipienda, ut nullum pactum de non petendo propter defectum voluntatis intelligatur, quam ſolutionem deſumpſi ex his, quæ inter ſe contrarii dixere *Donell.* *&* Cujac. 17

Cujac. *in d. l. 56. §. 1.* Faber *in rationali ad l. 33.* Bachov. *d. vol. 1. diſp. 6. text. 6. litt. A.* Vinnius *de pactis q. 15. num.* 18.

18 Aliam pactorum de non petendo diviſionem Ulpianus apponit *in l. 7. §. pactorum 8. hoc tit.* docent quædam in rem, quædam in perſonam fieri, in rem, quoties creditor generaliter de non petendo paciſcitur, in perſonam, quando ne à perſonâ petat, paciſcitur. Utrum autem in re, an in perſonâ factum ſit, ex verbis, & mente contrahentium æſtimandum ſubjicit conſultus; plerúmque enim perſona pacto inſeritur, non ut perſonale pactum ſit, ſed ut demonſtretur cum quo pactum ſit; unde infertur, quòd non aliter pactum perſonale cenſendum eſt, quàm ſi eam paciſcentium mentem fuiſſe conſtiterit, ut *in l. ſi tibi 17. §. ſi quis 3. l. niſi hoc 22. hoc tit.* in dubio autem, quamvis perſona pacto incerta ſit, reale potiùs pactum intelligitur, ut præter juris rationem deſumptam ex *dic. l. 7. §. 8.* probant textus *in l. ſi unus 25. §. 1. & 3. ſicut 15. de pignor. actione l. 5. l. 8. §. ſi debitori 16. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, l. ſi pactum 9. de probation. l. 8. §. tale 3. cum ſeq. l. 10. l. cùm ita 19. cum leg. ſequenti. l. quod mihi 22. cum aliis de liberatione legata*: Ex quibus hanc ſententiam contra Cujacium, Fabrum, Briſonium, & alios acriter tuetur cum pluribus Oſſuald. *d. lib. 22. cap. 4. litt. C, & L.* & præter ab eo relatos ſubtilis Coſta *lib. 2. ſelect. cap. 6. num.* 11. Vinnius *dict. diſput. 6. tr. 4. queſt.* 13. Bachov. *dict. diſp. 6. theſi 4. litt. B.* Vinnius *de pactis 13. num* 6. Objiciũnt tamen adverſarii text. *in d. l. 17. §. ſi pactus 4. l. adquirerent 19. §. 1. junct. leg. & heredi 21. & d. l. 57. §. 1. hoc tit.* in quibus ſola perſonæ deſignatio perſonale pactum inducit; verùm nil tale ex his juribus colligitur, ut ex ſingulis apparebit *in d. leg. 22. §. 4.* pactus fuit debitor, ne à te, nec à Titio peteretur, ex eo quòd Titii perſonam adjecit, ideò in perſonam pactus intelligitur, quia alioqui ſi in re paciſci voluiſſet, extraneæ perſonæ deſignationem non neceſſariam exiſtimaſſet, ut ſubtiliter explicat Dom nus Santos de S. Pedro *in Academicis de pactis cap. 3. num.* 14 qui tamen nec feliciter exponit textum *in d. l. 19. §. 1.* & *in d. l.* 21. dum aſſerit, ideò pactum filiofamilias factum, ne à ſe petatur, perſonale eſſe, quia cùm per pactum perſonale ſatis ſibi conſuluiſſe intelligeret, ad hoc ut peculii diſpendium non ſentiret *l. 20. cum ſequenti hoc tit.* de patre adhuc, & ejus hæredibus curaſſe non videtur, & perſonam in id creditur adjeciſſe, ut perſonale pactum efficeret: hæc tamen doctiſſimi Viti ſolutio mihi ex eo falſa videtur, quod etſi filiusfamilias dum ſacris paternis permaneret, per pactum perſonale plenè conſuluiſſe intelligeret, cùm nec peculii diſpendium experiri, nec hæredem poſſet relinquere, cui conſuluiſſe dici poſſet, in caſu tamen quo ſui juris effectus eſſet, plenè ſibi proſpexiſſe intelligere non potuit, ut potè cùm ejus hæredi perſonale pactum non prodeſſet *d. l. 13. §. 3. hoc tit. cum alus*, ergò ad hoc, ut ſibi in omnem eventum plenè conſuluiſſe credatur, non limitationis, ſed demonſtrationis causâ pacto perſonam inſeruiſſe dicendum eſt, ac per conſequens adhuc videtur ſolùm perſonæ deſignationem perſonale pactum efficere: quare cum Oſſualdo ubi ſuprà *litt. L.* reſpondeo habiles terminos poni debere, hoc ſcilicet actum fuiſſe, ut perſonale pactum eſſet, quod non ex ſolâ perſonæ deſignatione, quæ ad id non ſufficeret, ſed ex aliis argumentis debet conſtare.

Quâ etiam interpretatione explicandus eſt textus *in dict. l. 57. §. 1. hoc tit.* ubi ſupponendum eſt eam fuiſſe mentem paciſcentium, ut perſonale pactum efficerent; proponitur enim pactum in perſonâ conceptum, unde in illo exemplo, *ne à te petatur*, perſona ex voluntate paciſcentium non demonſtrationis, ſed limitationis causâ adjecta ſupponitur; quæritur autem, nec immeritò occaſione textûs *in d. l. 57. §. 1.* utrum tertia pactorum ſpecies detur, quia cùm titulus pactum ex alterâ parte in rem, ex alterâ in perſonam conceptum proponat, tertiam pactorum mixtorum partim realium, partim perſonalium ſpeciem aſſignaſſe videtur, ut rectè exiſtimat Oſſuald. *d. lib. 22. q. 4. litt. K.* Verùm Hunnius ad Treutlerum *diſput. 6. theſi 4. litt. N, & B.* & Bachov. ubi ſuprà 33. hanc pactorum ſpeciem negant, contrariis tamen rationibus Hunnii, quia pactum, de quo in *d. §. 1. per totum* in rem eſt, & ſolùm propter verborum conceptionem partim in perſonam conceptum dicitur, quod ex ipſo textu ſatis convincit Bachovius; quia pactum illud ſolùm in perſonam eſt, & pactorum diviſio à debitore, non etiam à creditore ſumitur. Cujus ſententiæ prior quidem pars admitti non poteſt, cùm nil prohibeat perſonale pactum eſſe ſolius creditoris reſpectu, ut in d. §. 1. ubi cùm creditor, *ne ipſe ſolus petat*, paciſcatur, ipſe quidem petere non poteſt; ejus autem hæres ſi petat, pacti exceptione non repellitur, & in *dict. l. 21. §. 1. l. contra 28. §. ſi filius 2. cum ſequenti hoc tit.* ex quibus conſtat ex parte creditoris pactum de non petendo reale, aut perſonale eſſe poſſe. Sed nec magis prior pars, quæ docet pacta, de quibus in *d. l. 57. §. 1.* tota perſonalia eſſe vera eſt. Pactum illud, quo creditor ne ipſe ſolus petat paciſcitur, prodeſt debitori, aut ejus hæredi ſolùm adversùs creditorem, non contra ejus hæredem, & ſimiliter pactum, quo debitor *ne à ſe ſolo petatur*, paciſcitur, ipſi quidem, non ejus hæredibus contra creditorem, & ejus hæredes prodeſt; ergò utrumque partim in rem, partim in perſonam eſt; ſed dices, nullum ergo pactum totum in perſonam eſt, neque enim aliud magis perſonale eſſe poteſt, quàm illud, quo creditor, ne à debitore dumtaxat petat, paciſcitur, quod tamen ex dictis reſpectu creditoris in rem eſt, cùm nec ipſe, nec ejus hæres à ſuperſtite debitore poſſit petere: Reſpondeo hoc quidem pactum perſonale eſſe reſpectu debitoris, quomodo intelligendi ſunt textus aliqui ſuperiori numero adducti, reale autem reſpectu creditoris, nec tamen inde ſequi nullum pactum in perſonam eſſe, nam ſi quis ita paciſcatur, ne ipſe ſolus à ſolo debitore petat, ſine dubio totum pactum in perſonam erit, ſivè enim creditorem attendimus, ipſe ſolus, non etiam ejus hæres petere prohibetur, ſivè debitorem inſpicimus, ipſe ſolus, non etiam ejus hæres pacti exceptione defenditur.

Tertiam denique pactorum diviſionem *in l. 3. de exceptionib. & in §. perpetuum 9. cum ſequenti, inſtit. eodem tit.* Cajus, & Juſtinianus aſſignant in hunc modum; pactorum quædam perpetua, & temporalia quædam ſunt: temporalia ſunt omnia perſonalia, & ex realibus illa, quæ de pecuniâ intra certum tempus non petendâ concipiuntur: perpetua dicuntur, quæ de pecuniâ 20

omninò non petendâ fiunt, *dict. l. 27. §. 1. d. l. contra 28. hoc tit. d. l. 5. §. 1. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, l. licet 18. de pactis dotalib. d. l. 9. de donationib. l. 2. §. item quæritur de doli mali, & metus exceptione, l. ult. qui bonis cedere poſſunt*; pro quarum explicatione attendendus Salgado *in Labyrintho creditorum 2. part. cap. 3. ex num.* 53. conducunt & textus *in d. l.* 8. *§. 1. cum duob. ſequentibus dict. l. 20. l. Aurelius 28. §. certum 8. de libert. leg. §. ſi quis debitori 13. in fine inſtit. de legatis.* Nec tamen quælibet temporis adjectio pactum temporale inducit, nam ſi creditor ſe poſt certum tempus, aut certam conditionem non petiturum paciſcatur, poſt diem venientem, aut conditionem exiſtentem perpetuum eſſe pactum nemo dubitat; *dict. l. 4. de ſervitut. d. l. 44. §. 1. & 2. de obligation. & act.* Utrum autem creditor petens, antequam dies venerit, vel conditio exiſteret, pacti exceptione ſubmoveatur? Poteſt non inſubtiliter dubitari, & quia creditorem ante diem petentem per pacti exceptionem repellendum, illud ſuadere videtur, quod dies certus ſicuti contractui appoſitus non efficit, quominùs præſens ſit obligatio, *l. centeſimus 46. de verb. oblig. cum vulgar.* ſic pacto de non petendo inſertus non debet efficere, quominus præſens pacti ſit exceptio, per quam ſtatim creditor ſubmoveatur, in re tamen à nemine, quem ſciamus, controversâ veriùs exiſtimo, quòd creditor ante diem pacto appoſitum rectè petit, quin timeat periculum exceptionis, ut præter expreſſum textum *in d. l. 44. §. 1. verſic. planè de obligation. & act.* juncto ibi Cujac. *ad pandectas ex ſequentib.* convincenter probatur. Quamvis dies certus regulariter pactus dumtaxat executivus, noo etiam ſubſtantia removetur; ſi tamen his actibus apponatur, quorum ſubſtantia tota in executione conſiſtat, ſeu quorum ſubſtantia non poteſt ab executione præſciodi, cum ſui naturâ executionem ſuſpendat, non poteſt ab execcutione, non etiam ſubſtantiam ipſam ſuſpendere, ut videre eſt in uſufructu, & aliis juribus perſonalibus in tutelâ teſtamentariâ, & libertate ex die promiſſis, aut relictis, quæ per diem certum non minùs, quàm per conditionem differuntur, ut latè dixi in *Academicis de die certo*, tam contractibus adjecto, quàm ultimis voluntatibus *cap. 2. ex num.* 8. quibus nunc accedens & pactum de non petendo, cujus ſubſtantia, quæ tota in executione, in facto ſcilicet opponendæ exceptionis conſiſtit, *d. l. 27. §. prorsùs 2. hoc tit. l. exceptione 20. de exception.* per diem certum omninò ſuſpenditur, adeò ut non ſolùm exceptionis exercitium, ſed nec ipſa exceptio ante diem incipiat, quæ cùm nullum alium effectum afferat, quàm actionis excluſionem, quæ ſuſpenditur, non niſi fruſtrà ante diem ſtatim incipere diceretur, argum. textus *in l. 2. & 3.* quando dies legatori cedit, ergo creditor, qui in die certo, vel quod idem eſt, per diem certum ſe non petiturum paciſcitur, ante diem agens non poterit pacti exceptione ſubmoveri, ſimiliſque erit creditori temporalem actionem habenti, qui antequam dies actionis exierit, non modò rectè agit, ſed & actionem ex ſe temporalem mediâ litis conteſtatione perpetuam efficit, *l. omnes 139. de reg. jur. cum ſimilibus.* Ex quâ doctrinâ facilè explicatur text. *in d. leg. 56. §. 4. de verb. oblig. & in d. §. ſi ita 3. inſt. eod. tit.* in quibus ſi quis decem annua, quoad vivat, ſtipuletur, ipſe quidem rectè perit, ejus autem hæres ſi petat, pacti exceptione repellitur, quia qui ſic ſtipulatur, hæredem ſuum non petiturum tacitè paciſci intelligitur, & pactum in incertum diem mortis, certò tamen extiturum differtur, poſt quem perpetuum eſt, ſeu perpetuò adversùs hæredem competit, nec temporale ejuſmodi pactum eſſe probat text. *in leg. epiſtola 52. §. ult. hoc tit.* ubi cum filius de inofficioſo patris teſtamento acturus ex causâ tranſactionis pactus cum hærede fuiſſet, ut ei certa quantitas, quoad hæres viveret, præſtaretur, temporale pactum eſſe, nec ad perpetuam præſtationem produci oportere Ulpianus reſpondet; nam in hujuſmodi tractatione duplex pactum continetur, aliud obligatorium, ut ſcilicet hæres quandiu vixerit, annuam pecuniam filio præſtare teneatur, aliudque liberatorium implicitum, quo filius ab hæredis hærede ſe non petiturum paciſcitur, & dum obligatorium pactum temporale eſſe Ulpianus aſſerebat, liberatorium poſt hæredis mortem perpetuum eſſe non obſcurè ſignificat, hoc ipſo in ſtipulatione, quâ quis decem annua quoad vivat, ſtipulatur, procul dubiò contingit, ſtipulatio namque quamvis ipſo jure ſit perpetua, per exceptionem tamen redditur temporalis, tacitum autem pactum liberatorium, quod incipit ex die mortis ſtipulantis perpetuum etiam eſt.

Sed diſſimulare nefas eſſet vulgarem, ſed in- 21
gentem difficultatem, quam movet textus *in l. ſancimus 34. §. ult. verſic. ſin autem Cod. de donationib.* ubi expreſsè aſſerit Juſtinianos, quod etſi annuæ ſtipulationi tempus vitæ ſtipulatoris, aut promiſſoris adjiciatur, obligatio in gratiam hæredis, aut adversùs hæredem perpetuata, quin pacti exceptioni ſit locus, omiſſis tamen Cujacii, & Roberti emendationibus, quas refert Gothofredus *in §. ult.* ut reſpondeam, animadverto, in ejuſdem textûs anteriori verſiculo Imperatorem dixiſſe annuam ſtipulationem intra metas vitæ ſtipulantis, aut promiſſoris reſtrictam in effectu propter pacti exceptionem hæredi, aut adversùs hæredem nou prodeſſe, nec in *eodem verſiculo ſin autem* contrarium docere, cujus verba illa; *vel adjiciatur tempus vitæ, &c.* ſic exiſtimo intelligenda, ut ſi tempus aliquod adjiciatur vitæ ſtipulantis, vel promiſſoris, id eſt ſi ſic promiſſori uſque ad certum aliquod tempus annua quantitas præſtaretur, ante illud elapſum hæredi, aut contra hæredem pacti exceptio competere nou poteſt, cujus interpretationis veritas ex integrâ ejus textûs ſerie conſtabit; cùm ſtatuiſſet Juſtinianus donationes trecentos primùm, quingentos poſteà excedentes ſolidos non aliter ſubſiſtere, quatenùs legitimam ſummam excedunt, quàm ſi in actus fuerint inſinuati, & plurium donatioonum ſummas eidem diverſi temporis factarum non ſimul æſtimari, ſed ſingularum donationum ſeparatim *d. l. 34. §. penult.* quæreretur, otrùm annua donatio, ſeu ſtipulatio causâ liberalitatis facta pro unicâ donatione, an pro pluribus ſtipulationibus ſit æſtimanda, *in d. §. ult.* ſequentem diſtinctionem conſtituit. Si annua donatio intra vitam perſonälem vel dantis, vel accipientis reſtringatur, plures donationes intelliguntur, & liberæ à monumentorum obſervatione, quia cum ad hæredem, vel contra hæredem propter pacti exceptionem quoad effectum non tranſmittatur, ſimilis in effectu legato annuo, quod multiplex eſſe dicitur, primi anni

purum, ſequentium conditionale propter tacitam conditionem, *ſi vix erit legatarius l. 4. de annuis legatis.* Si verò annua ſtipulatio ſimpliciter fuerit concepta, aut hæredes ex utrâque parte habitâ mentione, una eſſe intelligitur, *l. Senatus 35. §. ult. de mortis causâ donat. l. ſi ſtichum 16. §. 1. de verb. oblig.* & in unum plurium annorum penſionibus coactis apud. acta debent inſinuari; hoc ipſum procedere Juſtinianus ſubjungit, ſi adjiciatur tempus vitæ, vel donationis, vel ejus qui donationem accepit, id eſt ſi annua ſtipulatio ſit ita contracta, ut etiam poſt obitum ſtipulantis, aut promiſſoris uſque ad aliquod certum tempus annua quantitas præſtetur, quæ quidem etiam quia ad hæredem, vel uſque hæredem contra ad præfixum terminum tranſmittitur, una etiam eſſe intelligitur, & inſinuationis neceſſitati ſubjicitur.

22 Similiter ſi pactum fuerit ſub conditione conceptum, veluti ſi paciſcatur quis de non petendo, *ſi Navis ex Aſia venerit* ante exiſtentiam conditionis rectè creditor petit, nec pacti exceptione ſubmovebitur, quia pactum ad inſtar cæterorum actuum omninò per conditionem differtur, quod præter expreſſum textum *in d. l. 44. §. 1. de obligat. & act.* ubi dicitur, exiſtente demùm conditione pacti conventi exceptioni locus eſt, probat à ſimili elegans textus *in l. 5. in prin. p.* de doli mali, & metus exceptione; ubi ei, qui decem purè debebat, teſtator decem, ut ſic liberaretur, ſub conditione legaverat, hæredem interim pendente conditione decem petentem, dummodò legatorum offerat ſtipulationem, doli mali exceptione non ſubmovendum Paulus reſpondet, quia poteſt etiam deficere conditio; ergo pariter creditor, pendente conditione petens non debet exceptione pacti ſubmoveri. Sed tamen contrarium ſuadere videtur difficilis textus *in l. 36. de reb. creditis*, ubi ſi pecunia alicui purè debita, ejus juſſu fuerit alteri ſub conditione promiſſa, interim in eo ſtatu prior obligatio eſſe dicitur, tanquam ſi ſub conditione contrariâ primo creditori pecunia promiſſa fuerit, ut ex eo infertur, quòd primus creditor pendente conditione petens pacti exceptione repellitur, quia cùm incertum ſit, an ex eâ ſtipulanti deberi poſſit, ante tempus videtur petere, ſic quoties creditor de non petendo ſub conditione paciſcitur, incertum etiam eſt in effectu, an debendum ſit propter periculum exceptionis; ergo pendente conditione quoad effectum in eo ſtatu debet obligatio conſiderari, tanquam ſub contrariâ conditione quoad effectum pecunia debeatur, ac per conſequens creditor pendente conditione, & ſic ante tempus petens pacti exceptione ſubmoveri debet. Hanc difficultatem non ſolvit doctrina Cujacii 71. Paul. *ad edictum in d. l. 5.* & Anton. Faber in rational ad textum *in l. 36.* aſſerentium diverſam eſſe rationem legatarii, & ſtipulatoris conditionalis in eo, quòd cùm legatarius pendente conditione, quo tempore nondum dies legati ceſſit, creditor non ſit, *l. in fraude 25. qui & a quibus, l. ut cui 42. de obligat. & act.* non poteſt petitionem hæredis, cui petere debet, remorari, *d. l. 5. de doli mali, & metus exceptione, l. non ſolum 7. §. ult. de liberatione legat.* ſtipulator autem, cùm etiam pendente conditione creditor ſit, *d. l. 25. & 42. junct. l. uſusfructus 26. de ſtipulatione ſervor.* impedit adhuc pendente conditione, ut ab eo, qui purè obligatus eſt, petatur, *dict. l. 36. de reb. creditis; l. ſi debitor 80. l. ſi debitor 86. de jure dotium*; hæc namque ſententia, cui ſubſcripſi in Academicis *de die certo cap. 1. num. 29.* nunc maturiùs perpensâ ex eo diſplicet, quod ſive de ultimâ voluntate, ſive de actibus inter vivos loquamur, conſtat, quod ſive liberatio fuerit ſub conditione legata, ſive pactum de non petendo fuerit ſub conditione conceptum ante exiſtentiam conditionis, non pactum magis, quàm legatum effectum ſortiri poteſt, *d. l. 44. §. 2. de obligat. & act.* Nec conditionalis novatio, pendente conditione, priorem obligationem extinguit, *l. quoties 14. de novationib.* Nec, dum pendet conditio de non petendo pactum includit, argumento textus *in d. l. 30. §. ult. hoc tit.* Falſum eſt ergò ſuperiùs diſcrimen inter legatarium, & ſtipulatorem conditionalem excogitatum.

Quam ob rem non novandi, ſed veriùs experiendi ſtudio ex mente Duareni in paraphraſi, 23
ad titulum de rebus creditis *cap. 5.* dicendum exiſtimo ideò *in d. l. 36. de rebus creditis* primum creditorem pendente conditione poſterioris obligationis petentem pacti exceptione ſubmoveri, ne alioquin in ejus eſſet arbitrio ſecundo conditionali creditori, cui debitorem ſuum ipſe legaverat, præjudicium inferre, aut ſecundam obligationem in caſu exiſtentis conditionis extinguere, quæ ratio ceſſat in terminis pacti de non petendo ſub conditione concepti, in quibus creditor pendente conditione petens, nec alii creditori, qui nullus proponitur, infert præjudicium, nec magis debitori, cui ante exiſtentiam conditionis pactum prodeſſe non debet; quæ ſententia non inſubtiliter firmatur *ex l. Julianus 60. §. 1. de conditione indebiti*; in principio refert Paulus ſententiam quorundam exiſtimantium, quòd ſi quis, quod purè debet novandi animo ſub conditione promiſerit, & eâ pendente per errorem ſolverit, repetere poteſt, quia ex quâ obligatione ſolvat, adhuc incertum eſt, & quòd idem obtinet, ſi duo eandem pecuniam unus purè, alter ſub conditione novandi animo promiſerint, in fine tamen textùs concludit, priori quidem caſu repetitioni locum non eſſe, quia vel ex purâ, vel ex conditionali ſtipulatione eundem debitorem eſſe certum eſt, in poſteriori autem locum habere repetitionem, quia uter eorum pecuniam ſit debiturus, incertum eſt; prout Paulum explicant Cujac. *ibi lib. 3. quæſt. Pauli*, & Anton. Faber in ejuſdem *textùs rational.* itaque multum intereſſe Paulus exiſtimat inter caſum, quando unus, idemque debitor, quod purè debebat, eidem creditori novandi animo ſub conditione promiſit, qui non ſolùm pendente conditione ſolvens repetere poteſt juxta Paulum, ſed & interim cum effectu poterit conveniri, quin taciti temporalis pacti exceptionem poſſit adverſùs creditorem apponere ex ſupra dictis, & inter caſum, quando duo eandem pecuniam, unus purè, alterque ſub conditione novandi animo promiſerint, quorum etiam is, qui purè promiſit, non ſolùm pendente conditione ſolvens poteſt repetere; ſed & ſi interim conveniatur taciti temporalis pacti exceptione, creditorem poterit ſubmovere, quia præjudicium ipſe experitur per petitionem pendente conditione inſtitutam, cùm incertum ſit, an alter exiſtente poſtea conditione ſit debiturus, cujus conditionalem obligationem in fraudem primi, ejuſdemque purè

debitoris extingutere creditori non licet ; ſic ergo pariter quamvis *in d. l. 36. de rebus creditis*, primus creditor pendente conditione poſterioris obligationis petens, pacti exceptione repellatur, nec in ejus ſit arbittio ſecundam conditionalem obligationem extinguere ; ſi tamen pactum de non petendo fuerit ſub conditione conceptum, creditor interim rectè peter, cùm nullum debitori inferat præjudicium : deinde hæc eadem differentia ex eo fulcitur, quòd quamvis fideicomiſſum poſt mortem hæredis relictum poſſit ab ipſo hærede, antequam diem ſuum obierit, reſtitui, *l. patrem 19. qua in fraudem creditorum l. 12. cod. de fideicommiſſo*; ſi tamen ex præmaturâ reſtitutione damnum aliquod alteri inferatur, ante mortem non rectè reſtituitur, *l. filinsfam.* 114. §. 10. 11. *de legat.* 1. *l. cum pater* 77. §. *à filio* 10. *de leg.* 2. *l.* 2. *l. uxorem* 41. §. *locum* 12. *de legat.* 3. ſimiliter ergo creditor pendente conditione pacti rectè petet, cùm nullum alteri inferat præjudicium, quamvis ex eâdem in contrarium ratione petete non poſſit.

24 Obſervandum tamen eſt elegans, nec forſan hactenus animadverſum diſcrimen in liberationem ſub conditione relictam, & pactum de non petendo ſub conditione conceptum ; nam hæres adverſùs debitorem, cui liberationem teſtator ſub conditione reliquit, non aliter rectè experitur, quàm ſi caveat, ſe exiſtente quandocumque conditione legatum ſoluturum, *d. l. 5. de doli mali, & metùs exceptione*, imò & ſi non interpoſitâ cautione debitum exegerit, exiſtente poſtea conditione legatum præſtare, ſeù exactam pecuniam cogitur reſtituere, *d. l. 7. §. ult. de liber. legat.* Creditor autem, pendente conditione pacti nec cautionem offerre compellitur, nec exactam interim pecuniam exiſtente poſtea conditione, reſtituere debitori tenetur, ut indicat textus *in l.* 44. §. 2. *de oblig. & act.* eujus differentiæ eam eſſe rationem exiſtimo, quod legatum liberationis non ſolùm exceptionem parit, ſed & actionem ex teſtamento *l.* 3. §. *nunc defectu* 3. *de liberat. legat.* per quam legatarius ſicuti ſi interim non ſolviſſet, exiſtente poſtea conditione, pecuniam poſt ejus exiſtentiam rectè petit *d. l. 7. §. ult. eod. tit.* quia ſpem legati conditionalis auferre in arbitrio hæredis eſſe oon debet. *l. ſi id quod* 22. §. *ult. eod. tit.* pactum autem de non petendo oon actionem, ſed exceptionem producit dumtaxat, quæ nec competit pendente conditione, nec magis poſt ejus exiſtentiam, ſi exacta interim pecunia fuerit ex defectu debiti per ſolutionem ſublati, unde nec indebiti conditioni locus eſt in caſu exiſtentis conditionis, cum id debitum ſolutum fuit, quod per nullam exceptionem poterat ſubmoveri. Ideo contrarium probat textus *in l. ſufficit 56. de conditione indebiti*, plurimùm namque refert an tanquam terminus à quo, an verò tanquam terminus ad quem pacto de non petendo conditio fuerit inſerta ; ſi conditio ponatur tanquam terminus à quo, ante ejus exiſtentiam nulla competit exceptio, qua ſoluta interim pecunia poſſit conditionem inducere, ſi verò oppoſita tanquam terminus ad quem, prout *in d. l. 56.* ubi pactus proponitur creditor de non petendo, *donec Titius conſul fieret*, ſtatim quidem competit exceptio, quam interim ambiguam meritò vocat, & appellat Papinianus, cùm in eventum conditionis, aut deficientis conditionis perpetua, aut temporalis eſſe poſſit, & interim dum incertam cauſam continet, locum facit repetitioni, ex quâ Papin. deciſione tertiâ pactorum de non petendo ſpecies deſumitur, quæ ſcilicet ambigua ſunt, quamvis poſſint perpetua eſſe, vel temporalia ; interim tamen dum ancipitem cauſam retinent, tanquam perpetua judicantur, docet Cujac. *quaſt. 8. quaſtionum Papiniani in d. l. 56.* docet Duar. *in paraphraſi ad tit. de conditione indebiti cap. 5.* Salgado *in labirintho creditorum 2. par. cap. 21. num. 103. cum ſequentibus*; & hæc de hoc capite ſufficiant.

CAPUT SECUNDUM.

Qui, & ſuper quibus poſſint de non petendo paciſci, diſcurritur.

CUm de his dumtaxat liberatoriis pactis lo- 1
quamur, quæ ex liberalitate proficiſcuntur, ubi quæritur quinam poſſint de non petendo paciſci ? ſequens erit adhibenda diſtinctio, quisquis donationem, aut liberationem nullo jure exercere prohibetur, utiliter etiam de non petendo paciſcitur, qui verò vel ob judicii inopiam, aut plenæ diſpoſitionis defectum, vel propter civilem aliquam interdictionem liberalis eſſe non poteſt, de non petendo non rectè paciſcitur etenimcùm gratuitum liberatorium pactum ſit veluti quædam donationis ſpecies *l. 9. de donat.* à donatione ad pactum argumentum non incongruè deducitur; unde licet mutus, ſurduſque ſicuti donare poſſunt, *l. quidquid 33. §. m utus 2. de donatio.* ſic & de non petendo poſſunt paciſci, *l. 4. §. 1. hoc tit. junct. l. in quibuſcumque 48. de oblig. & act.* Mendoza *lib. 2. de pactis cap. 6. per totum*; furioſi tamen, mente capti, & infantes quemadmodum ex animi defectu donare non poſſunt, *l. Modeſtinus 23. §. 1. de donationib.* ſic nec paciſci, quia nullum negotium rectè gerunt *l. 1. §. 42. cum ſequenti de oblig. & act. cum ſimilibus*, nec pactum ſine paciſcendi conſenſu poteſt intelligi *l. ſi cum à te. 51. hoc tit. junct. l. nihil 116. §. ult. de reg. jur.* pupillus autem, qui etiam ſine tutoris auctoritate meliorem ſuam conditionem facere poteſt, deteriorem verò non aliter quàm tutoris cum auctoritate, *l. obligari 9. de auctoritate tutorum princip. in 56. eodem tit. ne à ſe petatur*, utiliter etiam ſine tutoris auctotitate paciſcitur, de eo autem quod ſibi debetur, non petendo, nec perpetuum, nec temporalem actum facere poteſt, *l. contrà 28. hoc tit.* ubi à ſolutiooe ad pactum tanquam à majori ad minus cooſultus ſic arguit ; majorem utilitatem pupillo affert à debitore facta ſolutio, quàm pactum de non petendo, quod omni ex parte damnoſum eſt, & tamen pupillus pecuniam ſibi debitam ſine tutoris auctoritate accipieos liberare debitorem non poteſt, *l. pupillo 15. de ſolut. §. nunc admonendi 2. verſic. ideoque ſi debitor inſiſterit, quibus alienare licet, vel non*; ergo fortiori ratione ſine tutoris auctoritate paciſci de non petendo non poterit, ut explicat Antonius Faber. in *rational ad textum in d. l. 28.* firmatur hoc ipſum in *l. ſi conſenſit 7. quibus modis pignus, vel hypoth. ſolvitur*; ubi pupillus ſine tutoris auctoritate liberare pignus non poteſt ; *ex l. in fraudem 27. §. ult. qui, & à quibus*; ubi pupillus ci-

tra tutoris auctoritatem ſervi ſibi ſpecialiter pignori obligati, aut cujus habet uſumfructum, manumiſſioni nonniſi fruſtrà conſentit, ergo nec debitum per pactum de non petendo poteſt remittere, quamvis ne à ſe petatur, utiliter paciſcarur, *dict. l. 28. hoc tit. argum. textus in l. 2. de acceptilationib.* rurſus puberes 25. annis minores, ſi quidem curatorem noo habeant, ſicuti donare non prohibentur, ut ex *l. 2. cod. ſi adverſus donationem*, & ex *l. ſi filius 4. cod. de inofficioſis donationibus*; ſic & de non petendo utiliter paciſcuntur, ut fundat Dominicus Retes *de donationib. cap. 11. num. 3. cum trib. ſeqq.* ſi verò curatorem habuerint, pupillis ſimiles ſunt *l. 3. cod. de in integrum reſtitutione*, & abſque ejus auctoritate quemadmodum donare non poſſunt juxta textum *in l. 4. §. ſi minor. 9. de doli mali, & metùs exceptione*; quem in hac ſuppoſitione cum judicio accipit Caldas Pereyra in *d. l. 3. cod. de in integrum reſtitutione*, verbo *hunc tractatum num. 19. verſic. ex quo infertur*, ſic nec de petendo paciſci ex regulâ textus *in d. l. 3.* inde quod dicitur in *d. l. 2. & in l. 4. §. ult. de manumiſſ.* vindicatá, minorem viginti annis ſervi ſibi ſpecialiter pignorati, aur cujus haber uſum, poſſe manumiſſione conſentire, vel accipiendum eſt de minore curatorem non habente, vel referendum ad minorem curatorem non habente, vel referendum ad minorem cum auctoritate curatoris conſentientem, pupillis etiam, & adultis curatorem habentibus ſimiles ſunt prodigi, *l. 9. §. ſed ſic. 7. de rebus creditis l. 6. de verb. oblig.* quæ omnia tanquam aliis tractatibus communia, breviter attigiſſe ſufficiat, videndi prolixiùs extra rem tamen differentes Hunnius ad Treutlerum *volum. 1. diſp. 6. theſi 5. per omnes queſtiones.* Bachovius in eiſdem locis ad eundem per omnes literas, Arnoldus Vinnius *de pactis cap. 14. per totum.*

2 Propter plenæ diſpoſitionis defectum ſervi, & filiifam. ſicut nec res quidem peculiares poſſunt donare, quia donatio non adminiſtrationem, ſed peculii alienationem continet *l. 1. §. 1. qua res pignori, l. 3. §. ſi ſervus 8. de donat. intr. l. filius 7. de donationibus*, ſic nec de eo, quod Dominis, aut parentibus debetur, non petendo utiliter paciſcuntur *d. l. 28. §. ult. hoc tit. an paciſci 5. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, l. 7. de pactis dotalibus, l. ſi quis uxori 52. §. ſi ſervus 26. de furtis, l. 3. l. filius 23. cod. hoc tit.* argum. textus *in l. qui Romæ 122. verſic. item quæro de verb. oblig.* quia deteriorem dominorum, aur parentum reddere conditionem non poſſunt, *l. melior 133. de reg. jur.* niſi forſan ex juſtâ cauſâ debitam pecuniam remittant, veluti ſi pro eo, ubi ita paciſcerentur, aliquid, in quo non minus, aut etiam amplius eſſet, fuerunt conſecuti *d. l. 52. §. 26. de furtis.* Verùm niſi in ipſo contrahendi tempore dum paternam, aut dominicam pecuniam crediderint, de eâ intra certum tempus non petendâ pacti fuerint, quo ſanè caſu pactum ſubſiſtit juxta textum ſic intelligendum *in l. ſin autem 29. hoc tit.* quia ex ejus perſonâ in aliquo negotio lucrum quis capit, ejus factum, quod initio interceſſit, præſtare tenetur. *l. cum mancipium 51. ædilitio edicto, l. 4. §. in hac exceptione 17. de doli mali, & metùs exceptione; l. ex quâ 349. de reg. jur.* tum quia non tam videntur diminuere, quàm non acquirere, non tam deteriorem, quàm non meliorem parentum, aut dominorum conditionem reddere intelliguntur, quod jure facere poſſunt *l. ult. cod. de acquiren. poſſeſſ.* quamquam ſemel Dominis, vel parentibus acquiſitam obligationem deteriorem ideò reddere non poſſint, ut nec tempus ſolutioni adjectum prorogare ipſis concedatur, ut colligitur ex dictis juribus; & tradunt Donellus, & Cujacius *in d. l. 3. cod. hoc tit.* fortiori utique ratione, ſi filius, aut ſervus ne ipſe peteret, pactus ſit, inutile pactum eſſe dicitur, *l. 28. §. ſi filius. 2. hoc tit.* quia cùm pactum exceptionem ſolùm producat, cujus nullus eſt uſus, niſi poſt actionem in judicium deductam, non de aliâ petitione poreſt intelligi, quàm quæ in judicio fiat, quam inſtituere filius, aut ſervus non poteſt. *l. quoties 13. ſi quis cautionibus, l. filius 9. de oblig. & act.* niſi forſan filius de eo, quod ſibi debendum eſt, aut deberi poteſt, cum ſui juris factus fuerit, non petendo pactus ſit *l. & heredi 21. §. ſi filiuſf. 3. cum ſequenti hoc tit.* Verùm niſi in his caſibus, in quibus actionem poteſt exercere, de quibus *in d. l. 9. de obl. & act.* ubi videndus Cujacius *ad pandect. ne ageret pactus ſit, l. in perſonæ 30. in princip. hoc tit.* quæ ſingula ſuis locis pleniùs exequemur.

Ex contrario ſervi, & filiifam. quia meliorem parentum, aut dominorum conditionem facere 3 poſſunt, *d. l. 133. de reg. jur.* ne à parentibus, aut dominis petatur, rectè paciſcuntur, & ſivè de eo paciſcantur, quod cum ipſis, ſivè de eo, quod cum parentibus, dominiſve contractum ſit, exceptionem acquirunt, ſervi quidem dominis dumtaxat, filii autem ſiquidem de eo, quod cum ipſis contractum fuerit, pacti ſint, non ſolùm parentibus, ſed ſibi; ſi ideò de eo, quod cum parentibus contractum ſit, eis dumtaxar, non ſibi, *l. ſi tibi 21. §. ult. duabus cum legibus ſequentibus hoc tit.* conducunt textus in *l. 8. §. 1. & 2. l. ſpecies 11. de acceptilationibus*, in quibus ſpem acquirendi, dominum obligatione liberare, & ſervum per acceptilationem dominum poſſe liberare, hinc ſervus hæreditarius, licet ne ab hærede poſt adituro petatur nominatim, id eſt ejus nomine adjecto, non poſſit paciſci; ſi tamen quod de eo, quod defunctus debuir à futuro hærede ſub appellatione hæredis nomine non petendo pactus ſit, utile pactum eſt, & exceptio hæreditati confeſtim acquiſita, quæ per aditionem incipit hæredi competere, *l. ſi unus 27. §. ult. hoc tit. argument. text. in d. l. 11. §. ſi ſervus 2. de acceptilat.* faciunt etiam tex. *in l. ſi ſervus 16. §. ſervus 2. l. ſi ex re 28. ult. l. ſervus 36. de ſtipulat. ſervor.* Pro quorum explicatione videndi Valentia *lib. 2. illuſtrium tract. 4. cap. 1. num. 17.* & Dominicus Retes *lib. 6. Opuſc. cap. 7. num. 3. cum ſequenti.* Dixi de eo, quod defunctus defuit, quia ſi de eo, quod futurus hæres deberet ne peteretur, etiam ſub appellativo hæredis nomine, hæreditarius ſervus pactus ſit, meo videri inutile pactum erit, tum quia implicat, ut ſervus hæreditarius paciſcatur de eo quod hæres futurus ex ſuâ perſonâ debet non petendo, quin ejus nomine adjiciat, quod pacti in utilitatem inducit ex dictis juribus, tum etiam quia cum nil hæredi per hæreditarium ſervum poſſit acquiri, quod non priùs hæreditati fuerit acquiſitum, *leg. uſusfructus 26. de ſtipulat. ſervor.* & idem quod non hæreditas ipſa ſed futurus hæres debuerit, exceptio acquiri hæreditati non poſſit, utique nec hæredi poſtea adeunti acquiri poterit. Verùm ingens occurrit

difficultas, quam diſſimularunt interpretes ex eo, quod hereditas jacens quanquam capax ſit eorum omnium, quæ facti ſunt, aut in quibus actus perſonæ, opera vel ſubſtantia deſideratur, poteſt acquirere etiam per ſervum hæreditarium. *l. hereditas 61. §. 1. de acquirendo rer. dom. d. l. 16. de ſtipulat ſervor.* Sed pactum de non petendo, & quæ ex eo naſcitur exceptio, facti ſunt, & in executione conſiſtunt, ut, *ex l. 27. §. 2. hoc tit. ex l. 20. de exceptionib.* dixi præcedenti cap. 2. ergo ſervus hæreditarius licèt de eo, quod defunctus debuerit, non petendo paciſcetur, pacti exceptionem acquirere hæreditati non poteſt; reſpondendum tamen meo judicio eſt, pacti exceptionem ſemel acquiſitam juris eſſe ſolùm prætorii, quamvis ejus utilitas in facto, & executione conſiſtat, & hæreditati per hæreditarium ſervum acquiri ad inſtar actionis, quæ quia juris eſt, quamvis ejus utilitas ex facto deductionis in judicium plerùmque dependeat, hæreditati poteſt acquiri ad differentiam uſusfructus, qui etiam acquiſitus totus ex utendi, & fruendi facto ita æſtimatur, ut per non uſum extinguatur. *l. 16. cod. de uſufruc.* Accedit, quod uſusfructus tanquam ſervitus perſonalis veram, & naturalem perſonam deſiderat, & ideò acquiri hæreditati non poteſt. *l. 16. de ſtipulat. ſervor.* pactum autem de non petendo ab hæreditario ſervo interpoſitum in rem eſt, non in perſonam, & ſic ex eo proveniens exceptio fictæ hæreditatis perſonæ poteſt acquiri.

4 Sed licèt in eo ſervus, & filiusfamilias conveniant, quòd ſi in rem paciſcantur, eis, quorum in poteſtate ſunt pacti exceptionem acquirant, ſi tamen in perſonam paciſcantur, longè inter ſe differunt, filius namque familias cum ex omnibus ferè contractibus obligari, & in judicio poſſit conveniri, *leg. ſeqq. 44. de peculio, l. filius 39. de obligat. & act.* ne à ſe petatur in perſonam etiam ſuam rectè paſciſcitur, *d. l. 19. §. 1. hoc tit. ſervus autem cum ex contractibus naturaliter ſolùm obligatur, l. ſervi 14. de obligat. & action.* nec in judicio poſſit conveniri *l. cum ſervo 107. de reg. jur.* ne à ſe petatur, in perſonam non rectè paciſcitur, *d. l. 21. §. 1. hoc tit.* ſed obſtat, quòd ſervus poteſt per acceptionem liberari, per quam debentur etiam honorariæ obligationes, ſi quæ ſunt àdverſus dominum *d. l. 8. §. ult. verſic. idem exitus, d. l. 11. §. 1. de acceptilat.* junct. Larreaſegui *cap. 1.* 2. ergo etiam ne à re petatur in perſonam poteſt paciſci eo effectu, ut naturalem obligationem extinguat: Rurſus pupillus naturaliter dumtaxat obligatus, qui eo nomine in judicio non niſi fruſtrà conveniretur utiliter ne à ſe petatur, paciſcitur, adeò ut non modò naturalem ſuam obligationem extinguat, ſed & fidejuſſorem ex eâ cauſâ acceptum liberet, *l. ſtichum 43. §. naturaliter 4. de ſolution*; ergo & ſervus naturaliter obligatus poterit, ne à ſe petatur, paciſci, & eodem modo naturalem obligationem extinguere. Quibus difficultatibus reſpondendum exiſtimo, quòd ſi ſervus naturaliter obligatus in rem paciſceretur, utile pactum eſſet ad extinguendam naturalem obligationem, quam etiam per acceptilationem diſſolvere ſervus poteſt, ſicuti & per pactum de non petendo in rem conceptum naturalis pupilli obligatio ipſo jure tollitur juxta text. ſic intelligendum in *d. l. 95. §. 4.* Si autem ſervus naturaliter obligatus etiam in perſonam paciſcatur, inutile pactum eſt cùm nec poſſit tollere naturalem obligationem, quam numquam per perſonale pactum diſſolvi ſequenti capite dicemus, nec magis perſonalem aliquam exceptionem ſervo tribuere, qui nec in ſervitute perſiſtens, nec manumiſſus poteſt eo nomine conveniri, ſicuti & ex eadem ratione aſſerere non dubito pupillum naturaliter obligatum in perſonam nonniſi inutiliter paciſci, & textum in *d. l. 95. §. 4.* de perſonali pacto accipi non poſſe, imò ad terminos pacti in rem concepti debere reſtringi, de quo Papinianum loqui præter æquiparationem pacti, & jurisjurandi, ex eo etiam evincitur manifeſtè, quod aſſerit naturalem obligationem ipſo jure tolli per pactum, quæ ſententia in terminis dumtaxat pacti in rem concepti poteſt verificari.

Ex plenæ etiam diſpoſitionis defectu Procura- 5
tores ſivè ad omnia bona, ſimpliciter dati, ſivè quibus libera negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit, inter quæ nil intereſſe meritò cenſet Arnoldus Vinnius *l. 1. ſelect. cap. 9. per totum*, quamvis ne à dominis petatur, utiliter paciſcantur, & ex eâ cauſâ doli exceptio dominis acquiritur *l. ſcriptum 10. §. ult. hoc tit. l. 7. §. 2. quibus modis pignus*; *de eo tamen*, quod dominis debetur non petendo gratuitum liberatorium pactum fruſtrà concipiunt, *d. l. 7. §. 1. quibus modis pignus*, argum. textus *in d. l. 28. §. ult. hoc tit.* junctâ generali regulâ textus *in l. ignorantis 49. §. ult. de procurator.* Unde quod dicitur *in d. l. 10. §. ult. cum duabus legibus ſequentibus hoc tit.* pactum procuratoris domino nocere, de pacto non gratuito, & quod dominicæ conditionis deterioritatem non contineat, ſed negotiorum adminiſtrationem concernat, accipiendum eſt *l. mandat. 60. de procurat. lib. creditor 60. §. ult. mand. lib. 13. §. tutor. 10. de acceptil.* junctique docent Oſualdus *d. lib. 22. cap. 4. lit. N.* & Vinnius *d. l. 1. ſelect.* Procurator autem non ad negotiorum adminiſtrationem, ſed ad actionem exercendam datur, quamvis lites Domini per conteſtationem fiant *l. procuratorib. 22. cum leg. ſequenti cod. de procuratorib.* qui cauſæ, & negotii domini non fiunt, adeò ut nec jusjurandum deferre, nec judicati actionem exercere, nec ſolutionem accipere poſſint, *l. ſi itaque 19.* de jure jurando, *l. hoc jure 86. de ſolutionib.* nec etiam liberalitatis, nec tranſmiſſionis cauſâ utiliter paciſcantur, *l. ſi tantum 13. hoc tit. §. tranſactionis 7. cod. de tranſact.* niſi forſan in rem ſuam procuratores ſint dati, qui cum propriam litem, & ad propriam libertatem exerceat *l. omnia 25. de procur. l. qui ſtipendia 9. cod. eod. tit.* adeò ut jusjurandum deferre, judicati exactionem exercere, & ſolutionem poſſint. *l. 4. in fin princip. de re judicatâ*, quinimò & dominis præferantur, *l. procuratores 55. de procur.* de non petendo gratuitum liberatorium pactum concipere non vitantur, *d. l. 13. §. 1. l. ſi cum emptore 16. hoc tit.* docet Donellus *d. l. 22. cap. 4.* Briſſonius *lib. 9. de ſolutionib.* paulò poſt principium. Cujac. *ad pandec. in d. l. 16. & 163.* Pauli ad edictum *in d. l. 13. hoc tit.* & Anton. Faber in eorundem textuum ration. Hinc publicanus, id eſt qui vectigal à Principe conduxit, quia in rem propriam procurator effectus cenſetur, etiam gratuitum per pactum de non petendo vectigal jure remittit, juxta textum *in l. §. ſi quis 12.* de publicanis, & vectigalibus,

Digitized by Google

quæ ſic nec immeritò explicuerunt nonnulli à Jaſone relati *in l. qui Romæ* 122. *de verb. oblig. num.* 11. quamvis aliter cum aliis Amaya *in l.* 3. *cod. de annonis, & tributis l.* 10. *num.* 41.

6 Quæ de procuratoribus diximus, eadem non ſolùm in Magiſtris ſocietatis, ſed in tutoribus, & curatoribus, obſervantur. Societatis Magiſtri, id eſt qoi communibus ſocietatis negotiis, ut præcipuam eorum curam habeant, à ſociis præponuntur *l. cùi præcipua* 57. *de verb. ſignif.* quatenus negotiorum exegerit adminiſtratio, ita paciſci poſſunt; ut pactum ab ipſis conceptum reliquis ſociis prodeſſe, aut nocere debeat, *l. item Magiſtri* 14. *hoc tit.* tutores etiam ne à pupillis petatur, utiliter paciſcuntur *l. tutor.* 15. *eod. tit.* pupillis autem debitam pecuniam remittere per gratuitum pactum non poſſunt, *l. legatum* 22. *cod eod. tit.* quia ad utilitatem ſolùm adminiſtrandi, non vero pupillaria bona donandi obtinent facultatem *l. tut.* 22. *l. lucius* 40. §. *ult. de adminiſtrat. tutor. l. non omni* 76. *cod. eod. tit.* & dominorum loco habentur, ut ex bonâ fide adminiſtrent, non ut pupillum ſpolient *l.* 7. §. *ſi tutor* 3. *pro emptore*; ſi tamen bonâ fide paciſcantur, veluti ſi tantumdem; aut amplius fuerint conſecuti, vel ſi tranſactione factâ perplexæ, & dubiæ litis moleſtiâ pupillum liberaverint, pactum pupillo nocere dubium non eſt. *l. pupilli* 96. §. 1. *de ſolut. l. ſi pignore* 54. §. *ult. l. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *de furtis*, argum. textus ſic intelligendi in *d. l.* 13. §. 10. *de acceptilat.* Rejiciendi itaque ſunt Aut. Faber in rational. ad textum *in d. l.* 15. & ei ſubſcribens Oſuald. *lib.* 22. *cap.* 4. *litt. S.* pactum tutoris numquam pupillo nocere poſſe aſſerentes; hoc ipſum procedit in curatoribus non ſolùm furioſi, aut prodigi, *d. l.* 28. §. 1. *hoc tit.* junctis *l. pign.* 11. *cum ſequent. & l. ult. de curator. fur.* & aliis extra minores datis, ſed & minoribus argum. textus *in d. l.* 22. *cod. hoc tit.* junctis quæ nuper de procuratoribus diximus, ex quibus facilè convincitur Antonius Faber contrarium fruſtrà circa curatorem minoris perſuadere contendens, in rational. ad textum in *d. l.* 15. *hoc tit.* & in *l.* 22. *cod. eod.* & Donellus *in d. l.* 22. *& d. l.* 22. *commentar. cap.* 4. Ex his infero, quod pupillus, qui etiam tutoris auctoritate donare non poteſt, ut ea *l. cum pluris.* 12 §. *cum tutor* 3. *de adminiſtr. tutor. & ex l.* 1. §. 1. *de tutelis, & rationibus diſtrahendis.* rectè colligit Retes de *donation. d. cap.* 22. *num.* 7. *cum ſequent.* nec cum tutoris auctoritate per gratuitum pactum remittere debitum poterit. Opponi tamen videtur textus *in d. l.* 28. *in princip. hoc tit.* ubi dum aſſerit Cajus pupillum ſine tutoris auctoritate de non petendo rectè paciſci, ſatis indicat tutore auctore debitum per pactum poſſe remittere, cui difficultati reſpondeo; quòd textus *in d. l.* 28. quatenus docet pupillum ſine tutoris auctoritate de non petendo non poſſe paciſci, quamvis de gratuito etiam pacto poſſit accipi, ut communem explicationem ſecutus dicebam in num. propriè tamen, & rigoroſè de non gratuito pacto interpoſito, vel tranſactionis, vel ex aliâ juſtâ cauſâ debet intelligi, ut probat argumentum deductum à ſolutione, cum quâ non gratuitum, meliùs, & elegantiùs, quàm gratuitum pactum confertur, quaſi dicat Conſultus: pupillo ſolvi ſine tutoris auctoritate non poteſt, ne accepto debito alienet obligationem, ergo nec poterit pupillus abſque tutoris auctoritate, ex tranſactionis, vel aliâ cauſâ paciſci, ne alio accepto in affectum obligationis alienet. Sic autem acceptus Caius à contrario ſenſu ſolùm evincit pupillum tutore auctore tam per pactum ex juſtâ causâ interpoſitum, quàm per ſolutionem debitorem poſſe liberare.

7 Reipublicæ item Curatores, ſeu Adminiſtratores Univerſitatum, Sindici, & Decuriones ſi cuti oſtentationis causâ, aut pupillaris curæ captandæ gratiâ donationes exercere non poſſunt, *l.* 3. §. *planè* 4. *quod vi, aut clam, l.* 4. *de decretis ab ordine faciendis.* Retes *de donationib. dict. cap.* 21. *n.* 9. ſic nec per gratuitum pactum, id quod Reipublicæ, aut Univerſitati debetur, jure remittunt. *L. Imperatores hoc tit. d. l.* 4. *de decretis ab ordine faciendis, l. Præſes* 12. *cod. de tranſact. l.* 3. *de annonis, & tributis lib.* 10. quamvis ſuper dubiâ adminiſtrationis causâ poſſint tranſigere *d. l.* 22. *cod. de tranſact.* gratuito autem ab adminiſtratoribus Civitatis facta remiſſio cum effectu operatur, ut excuſſio primùm à Republicâ fiat in bonis ipſorum adminiſtratorum *d. l.* 3. *cod. de annonis, & tribut.* Ubi Amaya *num.* 40. *cum ſequenti*, qui hunc referendum cenſet textum in *d. l. ult.* §. 12. de publicanis. Huic ſententiæ objicitur textus in *d. l.* 5. *cod. de uſuris*; ubi aſſerunt Imperatores adversùs creditorem, qui per centum annos minores uſuras, quàm pactæ erant, accepit taciti pacti exceptionem competere, id quod non ſolùm in privatis creditoribus procedere, ſed etiam in Republicâ, ſi fortè ejus defenſores minores, ut uſuras per longum tempus, acceperint, omiſſis tamen Donelli, Cujacii, & Fabri ſolutionibus, meliùs reſpondet Vinnius *de tranſact. cap.* 3. *num.* 9. *cum ſequent.* textum *in d. l.* 5. non loqui de adminiſtratoribus, quorum negligentia, aut factum Reipublicæ noſtræ nocere non debet, argum. textus *in l. Civitas* 17. *de rebus creditis*, ſed de defenſoribus civitatis, & totum Reipublicæ corpus repræſentant, & quorum ideò negligentia nocet Civitati, argum. textus *in l. nil intereſt* 15. *ad Senat. Conſult. Macedonianum.*

8 Denique hi omnes, qui propter aliquam civilem interdictionem exercere donationem non poſſunt, etiam de non petendo paciſci prohibentur, ut ecce quia inter conjuges, dum conſtat matrimonium, donationes prohibentur, nec etiam debiti remiſſio, ſive per acceptilationem, ſive per pactum de non petendo facta ſubſiſtit, *l.* 5. §. *circa* 5. *l. ſi quis* 21. §. 1. *l. ſed ſi vir* 31. §. *ſi vir* 4. *l. unic. ſtatus* 52. §. *ſive autem* 23. *&* §. *planè* 26. *l. vir* 54. ubi Cujacius 8. *reſponſorio Papiniani de donationib. inter virum & uxorem.* Similiter quia poſt contractum capitale crimen, condemnatione ſecutâ, poſteà donationes factæ non valent. *L. poſt contractum* 15. *de donationibus l.* 5. §. *emancipationes* 4. *C. ad l. Juliam Majeſt.* Retes *de donationib. cap.* 8. *n.* 21. cum tribus ſequentibus, nec gratuita debiti remiſſio valebit, quamvis pactum non diſſipationem, ſed patrimonii adminiſtrationem concernens efficax ſit. argum. textus in *l. reo* 44. cum ſequent. *l.* 45. §. 1. *de ſolut. l. aufertur* 46. §. *in reatum* 6. *de jur. fiſci*, præter quàm in caſu criminis admiſſi læſæ majeſtatis. Ex eadem ratione *l. ult. de bon. damn. l.* 6. §. 1. *cod. ad l. jul. majeſt.* exiſtimo deportatum per gratuitum pactum debitum non jure remittere, & quod vulgò interpretes aſſerunt paciſci

Digitized by Google

deportato licere, de gratuito pacto de non petendo accipi non poſſe; & moveor ex eo quòd licèt deportatus ea omnia poſſit exercere, quæ juris gentium ſunt, in fraudem tamen fiſci, cui poſt ejus obitum bona poſt deportationem acquiſita applicantur, *l. 2. cod. de bon. proſcript.* alienare non poteſt. L. *deportatus 25. de interdictis, & releg.* & ſic nec donare, cùm non poſſit eſſe donatio in fraudem fiſci, *l. 2. eod. tit. l. in fraudem 45. in princip. de jure fiſci*, Retes *lib. 2. de interdict. ex d. l. 2.* ergo non poterit gratuito de non petendo paciſci, cùm non poſſit non cedere pactum in fiſci præjudicium, argum. textus *in l. 1. §. ult. l. 10. §. præterea 22. cum ſequent.* Ex contrario tam deportati, quàm capitalis criminis rei, quia patrimonii adminiſtrationem retinent, *dict. l. ult. de bon. damn. l. deportatus 14 §. ult. cum leg. ſequenti de interd. & releg.* juncto Dominico Retes, *lib. 3. de interdictis ex curſu 6 per totum*, ne à re petatur ſive in rem, ſive in perſonam, procul dubiò utiliter paciſcuntur, cùm ea res fiſco fraudi eſſe non poſſit.

9 Vidimus quinam poſſint de non petendo paciſci; nunc ſuper quibus liberatorium pactum poſſit interponi videamus, & quidem tam ſuper realibus, quàm ſuper perſonalibus actionibus pactum de non petendo concipi poteſt, *l. 27. §. item ſi pactus 8. l. ſi cum fundum 36. hoc tit. argum. textus in l. 30. de liberat. leg.* Nec de eo ſolùm, quod de præſenti debetur, ſed & de eo, quod nunc non debetur, ſpes tamen eſt delatum, aut debitum iri, non petendo paciſci quis poteſt, ut pote de legato, aut fideicommiſſo conditionali non petendo legatarius, aut fideicommiſſarius rectè paciſcitur *l. 21. §. item 4. hoc tit. junct. l. ſi filio 11. ut in poſſeſſione legat. l. 1. l. cum proponas 16. cod. hoc tit. d. l. de fideicom. 11. cod. de tranſact.* textus ſic intelligendus *in d. l. 13. §. 8. de acceptil.* junctis quæ pro ejus explicatione dixi *ſuperiori cap. n. 5.* ſimiliter conditionaliter creditor ex contractu poteſt de non petendo paciſci, argum. textus *in l. cùm ſine 19. §. ſi debitori 3. quando dies legat. cedit*; ubi ei, qui ſub conditione debet libertate relictâ præſens eſſe dicitur legatum, & agi ſtatim ex teſtamento poſſe, ut liberatio præſtetur, id eſt ut acceptilatio interponatur, per quam exiſtenre conditione extinguitur òbligatio *l. quod in diem 12. de acceptil.* quinimò etiam qui nec purè, nec ſub conditione debitor, aut creditor eſt, in caſu, quo ſteterit obligatio poteſt paciſci, ut præter exemplum deductum ex textu *in d. l. 13. de acceptil.* quem ſic noviter illuſtravi *præced. cap. n. 6.* ex eo etiam conſtat, quòd extraneus hæres inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hæreditatem vocatus, antequam hæreditatem adierit, quo tempore nec conditionalis quidem debitor dici poſſit, cum hæreditariis creditoribus, aut legatariis re integrâ debita, aut legata ſolvere cogatur, rectè paciſcitur *l. 7. §. ſi ante 17. hoc tit. l. 3. §. 1. l. in quantitate 73. in fine princip. ad l. falcid. l. qui habebat 54. §. 1. de manumiſſ. teſtam. l. primo gradu 23. quæ in fraudem credit. §. quantitas 2. in fin. inſt. de leg. falcid.* quorum omnium ratio in eo eſt, quod pactum non ad præſens, ſed futurum tempus refertur, & qui ſuper jure nondum habito, aut delato paciſcitur, non de præſenti remiſerit, ſed hoc dicit, ſe, etſi poſtea creditor eſſe cepetit, non petiturum; in quo pactum à repudiatione diſtat, quæ quia ad præſentem continet remiſſionem, ſolùm circa jus delatum verſatur, ita ut non aliud poſſit repudiari, quàm quod de præſenti competit, & quod acquiri, & exigi eo tempore poſſet, quapropter nec hæres inſtitutus pendente conditione hæreditatem poteſt repudiare *l. is qui 13. cum aliis de acquir. hæred.* nec legatum ex certo tempore, aut ſub conditione relictum ante diem venientem, aut conditionem exiſtentem rectè repudiatur, *l. ſi ita 45. §. 1. de leg. 2. junct. l.* Sempronius 26. *de uſufruc. legat.* nec etiam purè relictum legatum ante aditam hæreditatem poteſt repudiari, argum. textus, *ſic forſan intelligendi, in l. 1. §. quod ait 11. quod legator*; junct. Goffr. *in l. 5. §. fundum 8. de reb. eor. num. 5. & in l. 3. de ſervit. legat. num. 3. & 5.* Accedit, quod repudiatio ut pote quæ unius voluntate perficitur, non ita facilè jus reſolvit, ac pactum, quod duorum, pluriumve conſenſum requirit, quam differentiæ rationem inter pactum, & repudiationem tradunt Cujac. *commentar. cap. 4.* Coſta *lib. 1. ſelecta. cap. 20.* Oſſuald. *lib. 8. commentar. cap. 18. litt. B. & dict. lib. 11. cap. 4. litt. M.* Larreaſegui *lib. 5. ſelect. cap. 2. num. 10.*

His tamen obſiſtere videtur Paulus *lib. 4. ſentent. tit. 1. §. rogati 12.* ubi ſi duo ſibi invicem in fideicommiſſo fuerint ſubſtituti ſub conditione, *ſi ſine liberis deceſſerint*, pacto effici non poteſt, quominùs altero ſine liberis decedente, ſuperſtiti hæreditas reſtituatur contra text. *in l. 1. & 16. cod. hoc tit. & in d. l. 11. cod. de tranſact.* Nec audiendus Cujacius inter jus ordinarium, & Imperatorium conſtitutionis diſcrimen conſtituens, cùm etiam juxta communis juris regulam, conditionalis fideicommiſſi ſpes per pactum poſſit remitti, quin imperialibus conſtitutionibus ad id opus ſit, ex dict. *num. anteced.* nec magis ferendus eſt Anton. Faber, qui in rational. ad textum in *l. 1. de tranſact.* de gratuito pacto Paulum intelligi, per quod conditionalis fideicommiſſi ſpem remitti noo poſſe contendit, quia tale pactum deſtruitur voluntate Antonii, quam ex contractis tranſactis præſupponit; hæc quippe inter gratuitum pactum & tranſactionem differentia ex eo convincitur, quod licet quibus tranſigere non licet, v. g. de re judicatâ, aut jurejurando deciſa tranſigere non licet, *l. elegatuer 23. §. 1. de conditione indebiti, l. ſi cauſa 32. cod. de tranſact. cap. 4. num. 5. cum 4. ſeqq.* paciſci tamen donationis cauſâ permittitur, *d. l. 7. §. ſi paciſcatur 13. hoc tit.* Paul. *d. §. ult.* argum. textûs *in l. ſi ex pluribus 16. §. de acceptil. & in d. l. 33. cod. de tranſact.* Et quamvis de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, non aliter, quàm inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti poſſit tranſigi, *l. 6. de tranſact.* gratuita tamen pactio etiam ante tabularum inſpectionem facta ſubſiſtit, ut fundat Vinnius *de pactis num. 7. cap. 18. & de tranſact. cap. 5. num. 10.* & licet de alimentis teſtamento relictis tranſigere inconſulto Prætore non liceat, *l. 8. de tranſact. cap. 6. num. 22.* qui non ſatis explicat textum, gratuito tamen paciſci donationis cauſâ non prohibetur, *in d. l. §. ſi uni 15.* ubi quod dicitur pignus ad alimentorum ſecuritatem teſtamento datum non poſſe inconſulto Prætore liberari, de liberatione ex cauſâ tranſactionis factâ potiùs accipere, quàm de gratuito pacto, per quod cum alimenta ipſa etiam poſſint citrà Prætoris auctoritatem remitti,

&

& pignus eo nomine datum magis poterit liberari, de his tamen omnibus, de quibus licet tranſigere, etiam gratuito paciſci permittitur, per gratuitum etiam pactum jure remittitur. Nec per gratuitam pactionem magis, quàm per tranſactionem teſtatoris voluntas evertitur, quæ non impedit, ut fideicommiſſarius probatâ ſuâ utilitate poſſit remittere, nec contrarium probat Pauli ſuprà expenſus locus, qui non generaliter conditionalis fideicommiſſi ſpem per pactum remitti non poſſe aſſeverat; ſed ita demum ſi pactum voluntatem teſtatoris offendat, quod contingit, ubi duobus ſibi invicem hæreditatem inſtituere rogatis ſub conditione, *ſi ſine liberis deceſſerint*, tertius aliquis per fideicommiſſum ſubſtituitur ſub conditione, *ſi uterque ſine liberis diem ſuum obierit*, quo caſu cùm alterutro ſine liberis decedente, tertius admittatur, *l. hæres* 57. §. 1. *ad Trebellianum*, juncto ibi Cujac. *ad Pandect.* pactum ſivè liberalitatis, ſivè tranſactionis causâ interpoſitum tanquam teſtatoris voluntatem evertens, & tertio præjudicium inferens inefficax eſt, argum. text. *in l.* 41. §. *ſequm.* 12. *de leg.* 3. ſic fere Santos *de pactis cap.* 3. §. 2. *num.* 22.

11 Diximus eum, qui non purè, nec etiam ſub conditione debitor, aut creditor in caſu exiſtentis obligationis, poſſe de non petendo paciſci, circa quam rem elegans eſt textus *in d. l.* 7. §. *ſed ſi ſervus* 18. *hoc tit.* quæritur hîc, utrùm ſervus ſub conditione liber, & hæres ſcriptus cum creditoribus hæreditariis, aut legatariis de parte ſibi remittendâ conditionaliter poſſit paciſci? Et reſpondet Ulpianus ſuum hæredem, & ſervum neceſſario jure ſcriptos, etiam antequam ſe immiſceant, rectè paciſci, quippe cum extraneus hæres etiam ante aditam hæreditatem poſſit paciſci, & reſpondet Ulpianus fortiori ratione, ſuos & neceſſarios hæredes, qui ipſo jure etiam inviti, & ignorantes hæredes exiſtunt, poſſe ante immixtionem paciſci, ſervum autem ſub conditione liberum, & hæredem ſcriptum eâ pendente non rectè paciſci, quia non ſolet poſt libertatem prodeſſe, quod in ſervitute factum eſt, argum. text. *in l.* 1. *C. an ſervus ex ſuo facto poſt manumiſſionem teneatur*, junctis quæ congerit Retes ſub *lib.* 3. *opuſc. ad notas Claudii in l. Aurelius* 28. §. *ſticho* 7. *de libert. legatâ*, quod de pacti exceptione, quam etiam poſt libertatem pactum in ſervitute conceptum non producit, intelligendum Ulpianus advertit, & quærit an poſt libertatem exceptio doli ſubſidiaria ſaltem competat, quâ ſæpe deficiente conceditur in *d. l.* 10. §. *ult. hoc tit.* Ut reſpondeat, priùs quaſdam ſpecies decidit, filiusfamilias ab extraneo hæres inſtitutus jacente hæreditate pacti quidem exceptionem nec ſibi acquirit, quia paciſcendi tempore in ſacris paternis exiſtit, nec patri, qui vel hæreditatem non acquiſierit, nec hæreditariis ſit obſtrictus, pacti exceptionem habere non poteſt, ex æquitate tamen doli exceptio filio accommodatur, quia faciunt dolo creditores, dum in ſolidum eum conveniunt, cum quo de parte non petendâ convenerunt, ut argumento probat textus in *l.* 12. §. 6. *mandati d. l.* 46. *de hæredibus inſt.* in quibus videndus Cujac. ſimiliter ſi filiusfamilias, vivente patre cum creditoribus paternis de parte debiti ſibi poſt mortem patris remittendâ pactus ſit, pacti exceptionem non acquirit, imò omni jure inutile pactum eſt, priſco quidem, quia filiusfamilias ſicuti poſt mortem patris ſibi dari non niſi inutiliter ſtipulabatur §. *poſt mortem* 13. *inſtit. de inutilibus ſtipulation.* ad differentiam legati, quod filiofamilias poſt patris obitum relinquebatur, *l. ſi poſt mortem* 68. *in princip.* §. 1. *de leg.* 1. ſic nec de parte debiti ſibi poſt patris mortem remittendâ rectè paciſcebatur: novo autem jure quamvis ſtipulationes poſt mortem conceptæ utiles ſint ex negotio in patriâ poteſtate geſto, filius etiam ſui juris effectus nil directè poterit acquirere; ſed tamen quia etiam vivente patre dominus quodammodo rerum paternarum cenſetur, *l. in ſuis tit. de liberis & poſthum.* ex æquitate doli exceptione defenditur.

Quibus exemplis nixus Ulpianus concludit 12
etiam ex pacto in ſervitute concepto doli exceptionem poſt libertatem competere ex eâ æquitatis ratione, quod ut neceſſarius hæres beneficium ſeparationis, quod à Prætore poterat impetrare *l.* 1. §. *ult. de ſeparation.* propter pacti fiduciam deſeruerit, & ſe immiſcuerit, eâ ipſe fraudari non debet, nec pacti beneficio privari, quod creditoribus etiam ipſis utile eſſe dubium non eſt; ſed tamen ex hujuſmodi pacto poſt libertatem pacti exceptionem oriri debere videtur, ſervus namque hæreditarius ne ab hæreditate, aut futuro hærede petatur, rectè paciſci poteſt, ut ex *d. l.* 27. §. *ult. hoc tit.* dicebam *num.* 3. ſed ſervus ſub conditione liber, & hæres ſcriptus, dum pendet conditio, hæreditarius eſt, quoties enim ſui, aut neceſſarii hæredes ſub conditione inſtituuntur, interim tantùm hæreditas jacens competit, ut cum judicio docet Santolaria *interpretat.* 11. *num.* 6. *cum ſeqq.* ergo ſervus pendente libertatis, & hæreditatis conditione paciſcens confeſtim pacti exceptione acquirit hæreditatem, & ſibi poſteà hæredi exiſtenti poſt exiſtentiam conditionis. Verùm ſubtiliter Julius Pacius *in d. l.* 7. §. 18. *hoc tit.* reſpondet id, quod dicitur hæreditarium ſervum pacti exceptionem hæreditati acquirere, ita procedere, ſi hæreditati, aut futuro hæredi ſub appellativo nomine paciſcatur, non ſi nominatim *d. l.* 27. §. *ult.* At in præſenti ſervus hæreditarius ſibi tanquam futuro hæredi nominatim, & ſic inutiliter pactum fuiſſe, idque ex eo conſtare, quòd uti ſervus hæreditati, aut futuro hæredi ſub nomine appellativo paciſcitur, exceptionem ſtatim hæreditati acquirit, quæ in quemcumque poſtea hæreditatem adeuntem transfertur, ubi autem ſervus pendente libertatis, & hæreditatis conditione cum hæreditariis creditoribus, aut legatariis de parte ſibi remittendâ paciſcitur, nec hæreditati, quæ per hujuſmodi pactum nec liberior redditur, nec exonerata, *d. l.* 3. §. 1. *ad l. falcid.* junct. Valeron. *de tranſactionibus lib.* 5. *quæſt.* 5. *per totum*, nec cuicumque hæredi ſed ſibi tantùm, ſi hæres extiterit, conſulere intendit, quæ res pacti quidem exceptionem ſubmovet, doli tamen ſubſidiariam exceptionem æquitate ſuggerente non excludit.

Non tamen quælibet materia habilis eſt ad 13
paciſcendum, pacta enim, quæ leges, Senatus-Conſulta, aut Principum conſtitutiones offendunt, bonis moribus adverſantur, inutilia prorsùs eſſe prætorii edicti verbis cautum eſt *dict. l.* 7. §. *ait Prætor* 7. *hoc tit.* Paul. *in d. lib.* 1. *ſentent. tit.* 1. §. *nec contra leges* 3. *l.* 6. *cod. tit. l. unic.* §. *ult. cod. de rei uxoris actione*, *l. conſenſu*

8. §. *ult. cod. de repud.* & pacta dumtaxat juſta ſervata , conſtat ex *l.* 52. §. *pactum* 2. *hoc tit. dict. l.* 95. §. 4. *de ſolution.* hinc ſuper rem privatam, & familiarem conceptum pactum utile eſt , ſuper publico autem jure paciſci non licet , *l.* 7. §. *ſi paciſcatur* 14. *&* §. *generaliter* 16. *l. in jus publicum* 38. *l. inter debitorem* 42. *hoc tit. l. legatarius* 20. *de relig.* §. *ſi inter* 9. *de magiſtratibus conveniend. l.* 2. §. *jus* 8. *de adminiſtrat. rerum ad civit. pertin. l.* 2. §. *ſed & quia* 4. *cod. de jurejurando propter calumniam dato.* Hoc ipſum ſentit Paulus in *l.* 27. §. *pacta* 4. *hoc tit.* (quem fruſtrà Cujacius emendavit *l.* 1. *obſerv. cap.* 24.) dum ait pactum conventum , ſi quidem à re privatâ ſit remotum,intelligi debere pactum ſuper publico jure factum ; cujus regulæ ut elegantiora exempla ſubjiciam , conſtat pactum , quo hæres, ſuperſtite adhuc teſtatore , legatariis falcidiam ſe non deducturum pollicetur , inutile eſſe , *l. quod bonis* 18. §. *ad l. falcid.* Poſt mortem verò teſtatoris , hæredem de falcidiâ non detrahendâ poſſe paciſci , *l. quidquam* 46. *l. poteſt* 71. *eod. tit. l. ſi patronus* 20. §. *de donat. l. ult. cod. ad l. falcid.* Diſcriminis ratio non ea eſt , quam tradit Vinnius *de pactis cap.* 28. *num.* 4. quæ illicò convincitur ex ſupradictis *num.* 9. ſed in eo eſt, quod pactum de non deducendâ falcidiâ vivente teſtatore factum juri publico refragatur , & eò tendit , ut legis falcidiæ vim , & poteſtatem impediat , poſt mortem autem teſtatoris ſubſiſtit , quia ſuper privato jure conficitur eo tempore , quo locum habere lex falcidia coepit , quæ non id agit , ut hæres præcisè quartam deducat , ſed ut poſſit deducere , tenent Cujacius *lib.* 3. *reſponſ.* Papin. *in d. l.* 15. §. 1. & Antonius Faber in *rationali* ad *d. l.* 38. *hoc tit.* quæ doctrinâ etiam hodierno jure procedit , ſecundùm quod licèt teſtator falcidiæ detractionem non poſſit impedire *Novella* 1. *cap.* 2. hæres tamen , cui eadem facultas permiſſa non eſt , vivo adhuc teſtatore inutiliter de falcidiâ non deducendâ paciſcitur, ut cenſet Hothoman. & Anton. Faber in *l. pactum* 46. cui aſſentire videntur Donelli 8. *comment. cap.* 17. & ibi Oſſuald. *lit. L* , moti ex *d. l.* 46. ubi ex eo quod ex conſtitutione D. Marci , licet teſtanti legatorum ſatisdationem prohibere , *l. Avia* 77. §. *ult. de condit. & demonſtr. & l.* 2. 4. *&* 7. *ut in poſſeſſ. legator.* Infert Triphonius pactum inter hæredem & legatarium factum de non exigendâ cautione validum eſſe , advertere etenim debuerunt conſultum loqui de pacto poſt mortem teſtatoris interpoſito , per quod cautionis exactio ad inſtar falcidiæ jure remittitur.

14 Rurſùs quamvis per pactum effici non poſſit , ut fructuarius , aut quaſi uſusfructuarius cautionem præſtare non teneatur , argum. text. *in l.* 8. §. *de uſufr. accreſc. l.* 6. *in poſſeſſione leg. l.* 1. *cod. de uſufructu* , *d. l.* 7. *cod. ut in poſſeſſione legat.* Cautionis tamen uſus , aut exercitium per pactum poſſunt remitti , ut indicant textus *in l. ſi cujus* 13. *in princip. de uſufr. earum rerum , quæ uſu conſumuntur. l.* 3. §. *ult. uſusfructuar. quemadmodum cav.* Paulus *lib.* 3. *ſententiar. cap.* 6. § *uſufructu* 26. & latè fundat Galvanus de *uſufr. cap.* 20. *num.* 6. *cum* 2. *ſeqq.* quia licet effici per pactum non poſſit , quominus jus aliquod ex publicâ auctoritate deſcendens alicui competat, ejus ſemel competentis uſus utiliter per pactum remittitur , aut recuſatur , juxta illud Ciceronis *orat.* 3. *in Verrem, quod mihi lex meâ cauſa dat eo mihi non uti non licebit ?* idem de muliere dicendum eſt , quæ , ne Vellejani exceptio ſibi competat , efficere per pactum non poteſt , textus *in l. quidam* 29. §. *ult. ad Vellejanum.* Semel tamen ſibi competentem exceptionem per pactum poteſt remittere , *l. ult.* §. *penult. eod. tit.* docet omninò videndus Galvanus *dict. cap.* 20. *num.* 10. qui hoc ipſum & meritò cenſet circa exceptionem Macedoniani , & remedium in integrum reſtitutionis ex *l. judex* 41. *de min.* contrarium autem ſervatur in exceptione , in id , quod facere poteſt , quæ quamvis per pactum poſſit acquiri, *l. ſi quis* 49. *hoc tit.* ſi tamen reverentiæ cauſâ competat , per pactum non jure remittitur , *l. alia* 14. §. 1. *ſolut. matrim.* argum. textus *in l.* 20. *in princip. de donat.* de quâ re conſulendi hi textus in *l. quamvis* 11. *de in jus vocando* , *l. eum qui* 30. §. *ſi mulier* 2. *de jurejur. l. unic.* §. *cum autem* 7. *cod. de rei uxor. act. cum d. l.* 14. §. 1. conciliant Illuſtriſſimus Ramos in manuſcriptis ad *l. ſunt qui* 16. *de re judicatâ num.* 16. & D. Gonzalez in *cap.* 4. *de ſolut. num.* 18. *cum duob. ſeqq.* Ex eâdem ratione , ſi conſtante matrimonio convenerit , ne omninò , vel ut ſolutionis tempore dos reddatur , inutile pactum eſt , tanquam publicam utilitatem , quam de dote actio continet, offendens *l.* 2. *l. ſi pater* 12 §. 1. *l. de dio* 14. *cum* 4. *ſeqq. de pactis dotalibus* , ſoluto autem matrimonio quo tempore exigendæ dotis competit facultas , deteriorem per pactum dotis conditionem fieri nil vetat. *d. l.* 18. textus ſic intelligendus in *l.* 22. §. 3. *hoc. tit.* Cujac. *lib.* 31. Pauli *ad edictum in d. l.* 12. §. 1. *de pactis dotalibus.*

Pactum etiam de non ſuccedendo poſt ejus mortem , de cujus ſucceſſione tractatur, tanquam interpoſitum ſuper jure privato , vel etiam deleto , & quod ſpes eſt delatum iri, invalidum eſt *dict. l.* 1. *&* 16. *C. hoc tit. dict. l.* 11. *cod. de tranſact.* vivente autem patrefamilias , de cujus ſucceſſione agitur , inutile eſt, *l. ult. de ſuis, & legit. hæredib. l.* 3. *C. de collation.* ad inſtar repudiationis *l. qui ſuperſtitis* 94. *de acquiren. hæred.* non quia certi ſunt modi acquirendæ, aut amittendæ hæreditatis, inter quos pactum non recenſetur , argum. textus *in l.* 5. *cod. de pactis conventis,* prout falsò ſentiunt Galvanus *d. cap.* 20. *num.* 7. & Vinn. de pactis *cap.* 19. *num.* 13. nam certi etiam contrahendæ , aut diſtrahendæ obligationis modi in jure ſunt conſtituti , inter quos pactum non enumeratur *l.* 44. *de oblig. & act.* per quod exceptionis auxilio obligationem infirmari non ambigitur , ſed potiùs ut docet Faber *de error. pragm decad.* 12. *error.* 4. quia quominus lex deferat , aut deferre poſſit hæreditatem, quod publici juris eſt , fieri per pactum non poteſt , ſemel verò delata , aut quæ deferri poſſit hæreditatis acquiſitio , in quâ privatum dumtaxat emolumentum verſatur , utiliter per pactum remittitur , hinc filius , vivo patre , de inofficioſi querelâ adverſùs ejus teſtamentum exercendâ non rectè paciſcitur , Paul. *lib.* 4. *ſentent. num.* 5. §. *pactio* 7. *l. ſi quando* 35. §. 1. *cod. de inofficioſo teſtamento* , poſt ejus autem obitum , ſivè tranſactionis , ſivè liberalitatis cauſâ inofficioſi querelam per pactum jure remiſit *d. l.* 52. §. *ult. hoc tit. l. qui repudiantis* 15. *cum aliis de inofficioſo teſtamento l.* 2. §. *ſed ſi* 8. *ſi quid in fr. patern. l.* 6. *cod. de tranſact. l. ſi quis filium* 34. *d. l.* 35. §. 1. *&* 2. *cod. de inofficioſo.* Retes in *animadv. de inofficioſo* 15

teſtam. cap. 22. per totum. ſimiliter, & Patronus, qui poſt mortem liberti poteſt de non ſuccedendo paciſci, argum, textus *in l. 4. de aſſign. liber.* eo adhuc ſuperſtite debitam ſibi ex cjus bonis portionem per pactum non rectè remiſit. *l.* Paulus 47. §. *patroni 2. de bonis liberat.* Si vero juſpatronatus remiſerit, utilis eſt remiſſio, & vi ipſa etiam ſuccedendi jus remiſſum intelligitur, *l. 3. cod. eod. tit.* quia tunc ſuper privato jure patronatûs, quod ipſius eſt proprium, paciſcitur quo remiſſo nil prohibet ſucceſſionis etiam jus, ex eo pendens, per conſequens etiam remiſſum cenſeri, ut obſervant Cujac. *lib. 8. obſerv. cap.* 32. & Arias de Meſa *lib. 3. variarum cap. 8. ex num.* 2. Nec tunc obſtant vulgares textus in *l. cum quod 56. §. ult. ad l. falcid. l. 1. §. 3. Si quis à parente fuerit manum. l. 3. §. 68. de bon. liberat.* quos optimè exponit Faber *decad.* 14. *error. 5. num.* 6. & circa plures quæſtiones in terminis pacti de non ſuccedendo, quæ ad rem noſtram non conducunt, videndi plures, quos congerit Oſuald. *lib. 12. comment. cap. 21. litter.* I.

16 Ex eâdem etiam ratione pactum de non agendo ex cauſâ furti, aut injuria jam admiſſa, utile eſt, *l. 7. §. 34. in fin. l. 17. §. 1. l. 27. §. 4. hoc tit. l. non ſolum 11. §. 1. de injuriis cum ſimilibus;* tanquam factum ſuper jure privato, furti ſcilicet, aut injuriarum actione jam acquiſitâ in cujus remiſſione nulla vertitur turpitudo, ſed miſeratio ſola, & liberalitas ejus, qui furtum, aut injuriam quæſtus eſt, ut ratiocinatur Oſuald. *lib. 11. cap. 6. litt.* D. de futuro autem furto, aut de committendâ injuriâ paciſci non licet, *d. l. 27. §. 1. de pactis dotalibus.* hujuſmodi namque pactum jus publicum lædit, turpemque cauſam continet, quatenus ſpem impunitatis pollicetur, & publicam coercitionem ſubmovet, quam timere Reipublicæ intereſt, ut improbos ſi non præmiorum ſpes. pœnarum ſaltem metus à maleficiis perpetrandis deterreat. *l. ſi a reo 70. §. ult. de fidejuſſor.* inde etiam ſemel dolum commiſſum per pactum poſſe remitti certum eſt. *l. 4. & penult. cod. de tranſact.* de futuro autem dolo paciſci non licere æquè exploratum eſt. *d. l. 27. §. illud 3. hoc tit. l. commod. l. 1. §. illud. 3. hoc tit. l. in commod. 17. commodat. l. 1. §. illud. 7. depoſiti l. contractus 23. de Regio jur. argum. textus in l. 5. §. julian. 7. de adminiſtratione tutor. cum ſimilib. & cum pluribus tradunt* D. Gonz. *in cap. quemadm. §. illud de jurejur.* Valeron *de tranſact. tit. 3. quæſt. 5. ex num. 37. & tit. 6. queſt. 5. ex num. 37. & tit. 6. queſt. 2. num.* 77. Nec obſtat. quòd cum depoſiti actio dolum dumtaxat vindicet, *l. 14. §. autem 3. de furtis cum vulgari*, pactum ne depoſiti agatur circa futurum dolum neceſſariò concipitur, & tamen ſubſiſtit *d. l. 27. §. 3. hoc tit.* Pluribus etenim ſolutionibus omiſſis, quas refellere de more ſuperſedeo, libens ſubſcribo domino Santos de pactis, *dict. cap. 3. §. 2. num.* 2. ex mente Julii Pacii aſſerentis, *in d. §. 3.* principaliter depoſiti actionem jam acquiſitam per pactum remitti, & vi ipſâ depoſiti actione quoad effectum ſublatâ etiam doli perſecutionem per conſequentias ſublatam intelligi, quam ſolutionem egregiè confirmari ex *d. l. 3. cod. de bon. libert.* quam anteriori num. explicui, & hinc prætereà intelligo textum in *l. 8. ult. de libert. leg.* nec magis obſtat, quòd liberatione à reddendis rationibus relictâ præteritus dolus remiſſus intelligatur *d. l. 8. §. penult. l. 9. l. Aurelio 20. §. 1. de liberr. leg.* hoc enim non ideò procedit, quòd dolus jam remiſſus remitti à teſtatore non poſſit, ſed ex defectu voluntatis teſtatoris, docent Santolaria interpretatione 1. & Larrea *ſeg. lib. 2. ſelect. cap. 6. num.* 2. quemadmodum & furti jam commiſſi actio, quæ per pactum poteſt remitti in *l. tres fratres 35. hoc tit.* remiſſa non intelligitur, quia fratres in ejus ſerie non de furto, ſed de communione paciſci voluerunt, uti explicat Cujac. ad pandect.

17 Ex his difficillimus redditur Paulus *lib. 1. ſentent. tit. 19. §. 1. ibi ex his cauſis, quæ inficiatione duplantur, pacto decidi non poteſt;* nam cùm de furti actione liceat paciſci, cur de his etiam actionibus, quæ cum origine in ſimplum competant ex accidenti, ſecutâ ſcilicet inficiatione, deinde judicati actionem duplari verſam eſt *l. 36. famil. erciſcundæ cum aliis*, juncto Larreaſeg. *lib. 4. Sentent. cap. 3. num.* 5. & ipſe Paulus agnoſcit *d. tit. 19. in princip.* ſuper quam paciſci permitti conſtat ex *d. l. 7. §. 13. hoc tit.* ex eodemque Paulo *dict. lib. 1. tit. 1. §. ult. & in l. in duobus 28. §. igitur 8. de jurejur.* ex cauſâ etiam legati per damnationem relicti hoc jure indiſtincti lis per inficiationem in duplum creſcebat. Paul. *d. tit. 19. in princ. §. ult. inſt. de obligat. quæ ex quaſi contractu naſcuntur*, & textus ſic intelligendi in *l. hæredis 25. §. ſi incerto 25. fam. erciſcund. l. alienus 62. ad l. falcid.* & tamen ſuper eo paciſci permitti innuitur *in l. ſi cum 51. §. 1. cum aliis pluribus hoc tit.* ſimiliter & legis Aquiliæ actio per inficiationem duplatur. Paul. *de tit. 29. in princ. & l. 2. §. 1. cum aliis pluribus ad l. Aquiliam.* Suarez de Mendoza *lib. 3. ad L. Aquil. quæſt. 4. cum duab. ſeqq.* ex cujus cauſâ poſſe pactum interpooi colligitur ex *d. l. 7. §. 13. hoc tit.* ubi efficax eſt pactum, ne incenſarum ædium agatur, quo nomine etiam legis Aquiliæ competit actio, *l. ſi ſervus 27. §. ſi quis 8. ad l. Aquil.* Mendoza *ad l. Aquil. in apparatu cap. 2. num. 30. cum ſeqq.* Hoc ipſum conſtat ex *l. 7. §. 1.* commodati, & ex ipſo Paulo in *d. l. 28. §. colonus 6. junctà generali regulà textus in l. tutor 35. §. 1. de jurejur.* & elegans, nec ad rem animadverſus eſt locus Ciceronis pro Roſcio Comædo, ibi: *Judicio damni injurià conſtituto, tu ſine me cum Flavio deciſiſti;* & tandem cum in omnibus cauſis, quæ adverſus inficiantes creſcunt in duplum, jusjurandum, quod pro pacto convento cedere ſolet, poſſe deferri auctor ſit Paulus in *l. eum qui 30. in princ. de jurejur.* mirum ſanè eſt, quòd ex eiſdem, pacto decidi non poteſt. Non me latet hujuſmodi actiones in eo propriam, & ſpecialem indolem ſortiri, quòd ex eâdem cauſâ per errorem ſolutum repeti non poteſt *dict. §. ult. inſt. de oblig. quæ ex quaſi contr. naſcunt.* ſed genuinam id habet rationem, quam latè cum pluribus exagitat noſter D. Didacus Bezerra *in extemporaneâ prælectione ad §. ult.* ad hoc autem, ut ex iiſdem cauſis paciſci non liceat, nec efficacem, nec apparentem rationem invenit.

18 Nec admittendus Cujacius ad pandect. qui Pauli ſententiam de pacto tranſactionis cauſâ interpoſito accipit, quod in hujuſmodi actionibus locum habere non poſſe ſic perſuadere contendit; aut fatetur reus, & quia pro judicato habetur, tranſigere non poteſt, Paul. *d. lib. 1. tit. 1. §. ult.* aut inficiatur, & ex eo quòd velit tranſigere, pro inficiatione convictus habetur, & inficiationis pœnam ſuſtinet. Nam etſi fatear ſuper re judicatâ tranſigere non licere, id non ex eo pro-

veuir, quod ex cauſâ lis per inficiationem creſcat in duplum, ſed ex eo, quòd ſuper lite dumtaxat dubiâ, & inceriâ debet interponi tranſactio *l. 1. de tranſact.* Valeron *de tranſact. tit. 2. quæſt. 4. cum 4. ſeqq.* & quamvis reus ſemel inficiatus poſteà tranſigere volens pro inficiatione convicto habetur, non ideò inficiationis pœnam tranſactione ſecutâ ſuſtineret, imò per tranſactionem inficiationis pœna remiſſa cenſetur. Ulteriùs hic etiam, qui ſuper furto tranſigere vult, furtum ſe feciſſe fertur *l. 6. §. pactus 3. de his, qui nota. infam.* & tamen poſt tranſactionem furti, pœnam non ſuſtinet *l. ſi quis 52. §. ſi ſervus 26. de furtis cum ſimilibus*, ergo quamvis reus ſemel inficiatus ex eo, quod velit tranſigere pro inficiatione convicto habeatur, poſt tranſactionem non debet inficiationis pœnam ſentire; tandem jusjurandum ſpeciem tranſactionis eſſe dicit Paulus *l.* 18. ad edictum in *l.* 2. de jurejur. & ſub eadem diſtinctione in *d. l. 30. eod. tit.* ex his actionibus, quæ per inficiationem creſcunt in duplum, jusjurandum utiliter deferri affirmavit. Senſit ergo proculdubio ſuper eis tam tranſactionis, quàm liberalitatis cauſâ paciſci licere, in re igitur difficillimâ, in quâ diſcere potiùs vellem, quàm docere ex præjactis principiis Paulum *dict. lib. 1. tit. 19. §. 1.* intelligi debere contendo, & quod ſcribit ex his cauſis, quæ inficiatione duplantur, pacto decidi non poſſe, non ſic accipiendum, quaſi per hujus modi actiones paciſci non liceat, cum contrarium tam ex juris ratione, quàm ex ipſo Paulo conſtet, ut jam vidimus; ſed potiùs quaſi dicat, quod licèt actio ipſa jam acquiſita ſivè ante, ſivè poſt inficiationem, per pactum remitti poſſit, quia in ejus remiſſione non jus publicum læditur, ſed privatum dumtaxat emolumentum verſatur, fieri tamen per pactum non poteſt, quominus hujuſmodi actiones per inficiationem duplentur; ità ut ſi ante litis conteſtationem convenerit, ut etſi reus inficiatus poſteà fuerit, in ſimplum dumtaxat, non etiam in duplum condemnetur, inutile pactum ſit, tanquam jus publicum offendens, quo cautum eſt, ut in his cauſis lis per inficiationem creſcat in duplum, & publicam coercitionem impediens, argum. textus *in d. l. 5. in princip. & §. 1. de pactis cum aliis adductis num.* 16.

19 Quod diximus ſuper privatis furti, aut injuriæ delictis paciſci licere ita procedit, ſi civiliter agatur, nam ſi criminaliter prout poteſt. *l. ult. de fur. l. ult. de injuriis*, inutile pactum eſt, licèt deſiſtens ratione pacti accuſator pœnam Turpiliani ſenatuſconſulti non ſuſtineat; judicis officio coercetur. *l. ſi quis 7. §. 1. ad turpilianum*, neque enim per pactum publica coertio debet impediri, Vinnius *de tranſact. cap. 7. num.* 29. quamobrem ſuper publicis criminibus non magis gratuitò, quàm tranſactionis cauſâ paciſci permittitur; *l. tranſigere 18. cod. de tranſact. l. ſi quidem 9. cod. de contrahen. emptione*, eo effectu, ut ſiquidem ante litem conteſtatam aliquis pactus ſit, quamvis non ideò in Turpiliani pœnam inciderit, quoniam deſtitiſſe videri non poteſt, qui non accuſavit, *l. 5. ad turpilianum*, inutili pacto non obſtante accuſationem poſſit inchoare, præterquàm in caſu textus in *l. ſi maritus 15. §. ſi negaverit 5. ad leg. jul. de adulteris*, juncto Vinnio *d. cap. 7. num.* 18. ſi verò poſt litem conteſtatam accuſator paciſcatur, Turpiliani pœnam experitur, *l. 1. in princip. & §. ſi quis ad* Turpilian. *l. 2. cod. eod. tit.* repetere tamen accuſationem non poteſt, non quia pactum valeat, ſed & quia ſemel deſiſtens indignum ſe accuſatione reddit *l. 5. de prævaricator. l. 2. ad Turpil. l. 3. cod. eod. tit. l. 6. cod. de his, qui accuſare non poſſunt.* Nec refragantur textus *in l. 1. §. ſed & ſi deſtitutio 3. de calumniator. & in l. 2. ad ſilanianum*, quos explicat Vinnius *in d. cap. 7. n. 22.* & Valeron *eod. tract. tit. 3. quæſt. 5. num. 37. cum tribus ſeqq.* Utrum autem ſuper falſi criminis liceat paciſci? ſummè controverſa res eſt propter ambigua ſanè verba textus in *d. l. 18. cod. de tranſact.* negat cum pluribus Vinnius *d. cap. 7. ex num.* 30. cujus ſententia, quam in puncto juris veriorem exiſtimo, non obſcurè probatur, ex *l. 1. §. accuſat. 10. l. 4. l. Lucius 17. ad Turpilianum*, nec infringitur ex *l. pœna penult. cod. de tranſact. l. 2. cod. de his*, quibus indign. *l. 7. cod. ad leg. cornel. de falſis*; quæ jura optimè Vinnius expoſuit; affirmat ex contrario cum aliis Valeron *dict. tit. 3. quæſt. 5. ex num.* 41. à cujus ſententia ut pote quæ regio noſtro jure expreſsè ſtabilitur in *l. 22. tit. 15. part.* 7. in judicando, & conſulendo recedendum non eſt.

Ab hàc tamen regulâ, quæ ſuper publicis delictis vetat paciſci, ea excipiuntur, quæ ſunt 20
capitalia, quæ ſunt in præſenti, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, ſuper quibus paciſci licere miſerationis intuitu conceſſum eſt, *l. ult. de prævaricat. l. 1. de bonis eorum, qui ante ſententiam mortem ſibi conſtituerunt d. l. 18. de tranſact.* ita ut reus nec quamvis tranſegerit, pro conceſſo, & convicto habeatur *d. l. ult.* nec accuſator ex eo quod accuſationem deſeruit, ullam pœnam patiatur tanquam jure publico permittente deſiſtens, ex reg. textus in *l. deſtitiſſe 13. §. 1. ad Turpil.* nec deſertam tamen accuſationem poſſit repetere, quamvis non ideò præjudicium fiat publicæ coercitioni, quæ per privatam pactionem non impeditur, cùm publicorum criminum accuſatio cuivis è populo pateat, ex *§. 1. inſt. de publ. judic.* imò & accuſatore deficiente poſſit Magiſtratus ex officio crimen inquirere, & in convictos animadvertere, argum. textus *in l. congruit 13. de off. præſid.* tradunt Vinnius in *d. cap. 7. ex num. 3. &* Valeron. *d. tit. 3. quæſt. 5. ex num.* 3. ex his principiis conſpectè imperito interpreti tribuendum exiſtimat Anton. Faber in rational. ad textum in *d. l. 27. §. 4. num.* 6. quod ibi dicitur, ne interdicto unde vi agatur, quatenus publicam cauſam contingit inutiliter paciſci, nam præterquamquod hæc ſententia accipi poteſt juxta Julium Pacium de pacto ante vim commiſſam interpoſito, quod publicum jus offendere, & inutile eſſe conſtat ex dictis *num.* 16. certum etiam eſt, ut inſinuavit Cujac. quòd ſi vis publica commiſſa ſit per pactum de interdicto unde vi non exercendo, criminalis accuſatio eludi non poteſt, quia cum hujuſmodi crimen non ſanguinis, ſed deportationis pœnâ plectatur *l. 10. §. ult. ad l. Jul. de vi publ. §. item. l. Jul. 8. inſt. de publ. jud.* quamcumque pactionem excludit ex reg. textus *in d. l. 18. cod. de tranſact.* ſuper adulterio autem, quamvis ſanguinis pœnâ mulctetur, pactio omnis ſivè gratuita, ſivè ex tranſactionis cauſâ prohibetur. *d. l. 18. cod. de tranſact. l. diſcrimine 10. cod. ad l. jul. de adulteriis*, vel ex ratione, quam tradit. Cuj. *in d. l. 10.* vel. propter criminis frequentiam, & gravitatem, ut alii cenſuerunt, quod obſervatur, ſi extraneus accoſet, aut maritus injure Mariti, ſed etiamſi juxta terminos text. in *d. l. 6. cod. eod. tit.* At ſit

maritus accuſet jure mariti non tantùm ante litem conteſtatam juxta tex. in *l. ſi uxor. 13. §. penult. & ult. d. l. 15. §. 5. eod. tit.* ut falsò exiſtimarunt P. Barb. in *l. 2. in princ. ſolut. Matrimonio 1. parte a num. 104.* & Vinnius *dict. cap. 7. num.* 18. ſed & poſt litis conteſtationem propriæ injuriæ vindictam remittere gratis poteſt. *l. quæſitum 40. in fine ad l. Jul. de adult.* quin Turpiliani pœnam patiatur quâ ſunt immunes, qui ſine metu calumniæ accuſant, *l. auxilium 87. §. 1. de minor.* juncto Cujacio in *d. l. 6. cod. ad l. Jul. de adulteriis*, pretium autem cum acceperit, turpiter paciſcitur, eùm venalem reddat honorem, & ejus conniventia lenocinii ſimilitudinem referat. *l. is cujus 14. in princ. l. Mariti 29. §. plectitur 2. cod. eod. tit.* textus ſic intelligendi in *l. Miles 11. in princip. eod. tit. & in l. penult. cod. ad* Turpilian, *juxta interpretationem* Cujacii *lib. 15. reſponſ.* Papin. *in l. 4. cod.* Super raptûs crimine licitam olim denique fuiſſe pactionem indicant textus *in l. 5. §. ult. ad l. Jul. de vi publica l. 3. cod. pro quibus cauſis ſervi pro præmio libertatem accipiant*, quæ hodie parentibus ſub deportationis pœnâ ex Juſtiniani conſtitutione. interdicitur *in l. unic. §. pœnas 2. in fine cod. de raptu virg.* quicquid dicat Vinnius *d. cap. 7. num. 19. ut melius ſentit* Valer. *dict. tit. 3. quæſt. 5. n. 25.*

21 Alia etiam exempla pactorum, quæ quia jus publicum offendunt, ſunt inutilia, ſtant *in l. 4. §. quæſitum 4. ſi quis cautionib.* ibi Ant. Faber *in rational.* & in *l. jus agnationis 39. hoc tit.* juncto Vinnio de pactis *cap. 18. num. 2.* in quibus quia de falcidiâ ſunt, & rectè jam expoſita, non immoror, illud ſanè difficile eſt, quod dicitur in *de lege 5. §. ult.* [*de pactis dotal.* ſi convenerit; ne ob neceſſarias impenſas ageretur, pactum non eſſe ſervandum, cui deciſioni rationem ſe primùm aſſignare aſſerit D. D. Joannes Fernandez Hineſtroſa *in Academica diſſertatione de impenſis in rem dotalem factis ſect. 2. num.* 16. ex eo quod cum maritus propter neceſſarias impenſas dotale prædium poſſit retinere, nec eo nomine actionem intendere opus habet, pactum de non petendo fruſtraneum, & ridiculum eſt, quod & ipſe conſultus videtur ſenſiſſe, dum dixit ideò pactum ſervandum non eſſe. quia tales impenſæ dotem ipſo jure minuunt quominus autem eruditiſſimo viro conſentiam, ſequentia faciunt, nam primò cum in pactis utpote quæ ex nudo conſenſu proficiſcuntur, non verba captemus, ſed paciſcentium mentem attendamus *l. 7. §. 8. pactor. hoc tit.* maritus qui de non agendo ob neceſſarias impenſas paciſcitur, de non retinendo pactus intelligitur; ſecundò quia etſi pactum de non agendo retentionis remiſſionem non contineret, non ideò inefficax prorſus eſſet, imò utilem eventum ſortiretur, ſi integra dos abſque neceſſariarum impenſarum retentione fuiſſet ſoluta, quo caſu cum maritus indebiti conditionem exerceat. *l. 5. §. ſi dos. 2. de impenſis in res dotales factis*, poſſet pacti exceptione ſubmoveri, tertiò nam ſi ſuperior ratio eſſet vera, pactum ne ob utiles impenſas ageretur validum eſſet, qoia hujuſmodi impenſæ dotem ipſo jure non minuunt, ſed per actionem exiguntur. *l. 7. §. 1 eod. tit.* quod tamen inutile eſſe ſtatim conſtabit; quapropter ultra interpretes dicendum puto, quòd cum impenſarum remiſſio ſpecies ſit donationis, & ſic inter conjuges prohibita; expreſſus textus in *l.* Voluntatiis 11. *§. 2. eod. tit. de cujus conciliatione cum l. quod ſi 14. de donationib. inter* Videndus Hineſtroſa, ubi ſupra *lect. 1. num. 15. & ult. l. ob res 20. de pactis dotalib.* nec ex eo quod pactum in tempus ſoluti matrimonii conferatur, etiam eo conſtante interpoſitum debet ſubſiſtere, nam quòd mortis cauſâ donationes inutiles, inter conjuges ſint *l. 9. §. ult. cum duab. ſeqq. de donationibus inter.* ex eo etiam provenit, quod non ante proficiſcuntur, quàm per mortem matrimonium diſſolvatur *l. non videtur 32 de donatione mortis cauſa*; pactum autem non mortis cauſâ impoſitum, ſi ab initio ſubſiſteret, revocari poſteà non poſſet, quamvis ſi maritus in eâdem voluntate deceſſerit, ex ſenatusconſulto argum. textus in *l. 32. §. ſivè 23. & planè 26. de donationib.* Hoc ipſum, & fortiori ratione in utilibus impenſis ſervatur, quæ cum evidenter uxoris utilitatem arguant, conſtante matrimonio per pactum non jure remittuntur, ut evincit generaliter textus in *d. l. 22. de pactis dotalib.* Unde Paul. *in d. l. 5. §. ult. eod. tit.* ut difficiliorem caſum decideret, de neceſſariis ſolùm impenſis diſputavit, quarum remiſſio utpote quæ uxorem locupletiorem reddere non videtur, quæ id ſolum accipit, quod amiſit, licita inter conjuges eſſe debere videbatur, quam inutilem etiam eſſe meritò Paulus reſpondit, quia cum neceſſariæ impenſæ dotem ipſo jure minuant, earum remiſſio uxorem revera locupletiorem efficit, & in prohibitione comprehenditur.

Exponendi tandem ſuperſunt caſus aliquot, 22
in quibus quamvis pactum ſuper jure publico interponi videatur, quia tamen ſuper re familiari reveta concipitur, ſubſiſtit, ut ecce ſi ante contractam emptionem convenerit, ne res inhibitoria agatur, pactum tanquam contra ædilitium interpoſitum inutile eſt argum. textus in *l. ſi quis 142. §. ſi quis 3. de leg. 1.* junctis quæ dixi *num.* 13. quamvis contrarium intellexiſſe videatur Cujac. *lib. 2. quæſt.* Papin. *in d. l. 38. hoc tit.* ſi verò in ipſâ emptione contrahendâ, aut poſtea hujuſmodi pactum interceſſerit, quamvis contra verba, & uſum ædilitii edicti ſit conceptum, quia tamen edicti mentem non offendit, cùm ſuper privato jure verſetur, validum eſt, textus ſic intelligendus in *l. paciſci 31. l. in emptione 43. hoc tit. l. 14. §. ſi venditor. 9. de ædilitio edicto*, juxta interpretationem Ant. Fabri in rational. ad textum *in d. l. 32.* & Donelli *in l. 6. cod. hoc tit. num.* 9. ſimiliter & pactum, per qood fori præſcriptioni renunciatur, etſi jus publicum lædere videatur, quia tamen revera proprii privilegii continet remiſſionem, efficax eſt, *l. 1. ſi quis in jus vocatus non ierit. l. 7. in princip. qui ſatisdare coguntur. l. ſi quis 51. eod. de epiſc. & cler. l. penult. cod. hoc tit.* quibus non opponitur textus in *l. ſi convenerit 16. juriſdictione.* Pro cujus explicatione Gonzalez *cap. ſi dolenti 12. de foro competenti num.* 12. Pactum denique, per quod appellandi facultas remittitur, ſivè poſt collatam ſententiam, ſivè poſt appellationem interpoſitam nondum tamen ad ſuperiorem judicem introductam ſubſiſtit. *l. ſi quis 26. cod. de appellat.* noſter Pichardus *in manuſcriptis ad prax m. 4. par precepto 6. per totum*, imò ante prolatam ſententiam conventio de non appellando inter litigantes facta utilis eſt *l. ſi quis 3. a quibus appellare non licet l. ult. §. ult. cod. de tempor. appell.* &c licèt id per ea efficiatur, ut ex publico jure deſcendens appellationis beneficium condemnato

non competat contra ea, quæ dixi *num.* 14. meritò publicam utilitatem, quæ circa lites, aut controverſias dirimendas, verſatur *l. ult. pro ſuo cum ſimul.* prævalere, & hujuſmodi conventionem ſervandam conſtituitur, argum. textus in *l.* 1. *§. inde quæritur* 10. *de novi operis nunciatione,* ut hâc ratione non adductâ præter congeſtos ab Oſualdo lib. 28. comment. Donel. *cap.* 6. *litt.* N. Pichardus docet *d.* 4. *par.* 1. *præcepto nn.*8.

CAPUT TERTIUM.

De Poteſtate, & effectibus Pacti liberatorii.

1 Liberatorii pacti poteſtatem, & effectus expoſiturus, de perpetuo primò, de temporali poſteà pacto diſſerere ſtatui. Perpetuum liberatorium pactum nudam naturalem obligationem ipſo jure tollit, *l. ſtichum* 95. *§. naturalis* 4. *de ſolut.* argum. textus *in l. ult. de jurejur.* pactum enim quemadmodum naturalem obligationem inducit in veriori ſententiâ, quam probant textus in *l.* 5. *§.* imperat. 2. *de ſolut. l. cum amplius* 84. *§.* 1. *de reg. jur.* Paul. *lib.* 2. *ſentent. tit.* 14. *in princ. l.* 3. *cod. de uſur. l. ſi tibi* 27. *cod. de locato*, & tuentur Cujac. *lib.* 18. *queſtionum Papinian. in d. l.* 95. *§.* 4. Durandus *ad titulum de conditione indebiti cap.* 6. *& de oblig. & action. cap.* 5. Donell. *lib.* 11. *commentar. cap.* 2. *& ibi* Oſſuald. *litt. P.* Mendoza *lib.* 1. *de pactis cap.* 4. *num.* 6. Vinnius *eodem tract. cap.* 21. ita ex contrario naturalem obligationem ipſo jure diſſolvit ex reg. textus in *l. prout* 80. *de ſolution. l. nihil* 35. *de reg. juris.* Accedit, quod vinculum æquitatis, quo ſolo naturalis obligatio ſuſtinetur, conventionis æquitate diſſolvitur, ut eleganter aiebat Papin. in *d. l.* 95. *§.* 4. Hinc Dominus nudâ voluntate ſervo debitum remittere poteſt, & ipſo jure liberationem præſtare *l.* 4. *§.* 1. *de peculio*, quia naturalis obligatio, quæ ſolùm inter dominum & ſervum conſiſtit, *l. ſi quod* 64. *de conditione indebiti*, *l. quibus* 40. *§. dominus* 3. *de conditionibus, & demonſt.* nudâ voluntate diſſolvitur, obſervat D. D. Nicolaus de *Caſtro ad principium inſtitutionum de empt. & vendit. num.* 85. Nec obſiſtit textus *in l. non ſolum* 49. *§. ult. de pecul.* qui facilè explicatur ex reg. juris in *l. nuda* 26. *de donation.* juncto Domino Retes *de donat. cap.* 6. *num.* 10. nec in terminis nudæ naturalis obligationis ſine controverſiâ procedunt. Utrùm autem mixtâ obligatione poſitâ per pactum de non petendo naturalis obligatio diſſolvatur, & à civili ſeparetur? non æquè conſtat, & qui cum Giphanio in *l. ſervi* 14. *de oblig. & action. num.* 28. aſſerunt nullam eſſe civilem obligationem, quæ naturalis ſimul non ſit, aſſerere etiam coguntur naturalem obligationem per pactum de non petendo à civili ſeparari non poſſe. Hæc tamen opinio, quam ex profeſſo impugnare temporis anguſtiæ non ſinunt, perſuaderi mihi numquam potuit, qui pecuniæ jure civili debitæ, jure autem gentium indebitæ, & ſic civilis dumtaxat obligationis deſeruit, & inevitabile teſtimonium comperio in ignoto ad rem textus in *l.* 47. *de condict. indebiti.* Ex his etiam, qui communem & veriorem ſententiam amplectentes, civilem dumtaxat obligationem abſque naturali dari defendunt, antiquiores nonnulli, quos ſequitur Bachovius *ad Treutlerum volum.* 1. *diſp.* 6. *litt. A.* tenent per pactum liberatorium naturalem obligationem à civili ſeparari non poſſe ex eo moti, quod eo genere obligatio debet diſſolvi, quo fuit conſtituta *d. l.* 35. *de reg. jur.* ergò naturalis obligatio, quæ jure civili ſimul fuit orta, conjunctim etiam diſſolvi, nec etiam à civili debet ſeparari Deinde inſeparabilem naturalis obligationis cum civili nexum ex eo conantur adſtruere, quod in uſu juris mixta obligatio civilis ſimpliciter dicitur. *L. hæres* 22. *§. quod ſi* 3. *de fidejuſſor. l.* 1. *in princ. & §.* 5. *de novation.* expendunt textum *in §.* 3. *de except.* ubi expreſsè ait Juſtinianus eum, qui pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominùs obligatum manere, præſtat rationem, quia pacto convento obligationes non omninò diſſolvuntur, & infert efficacem adhuc rationem ſupereſſe tunc ſic, ſi pactum de non petendo ipſo jure naturalem obligationem extingueret, & à civili ſepararet, efficax actio ſupereſſe non poſſet; cum ergò efficacem adhuc actionem competere Juſtinianus affirmet, nec naturalem obligationem quidem per pactum extingui ſignificat.

Sed tanti hæc ponderis non ſunt, ut contrariam & communiorem ſententiam nos deſerere cogant, quam quia Interpretes ſupponunt magis, quàm fundant, nunc ſtabilire operæ pretium eſt, ubi mixta obligatio ab initio conſtituta, naturalis ex jure gentium, & mutuo conſenſu reſultat, *l.* 1. *hoc tit. l. de conſtitutâ pecuniâ, d. l.* 164. *§.* 1. *de reg. jur.* Civilis autem ex civili auctoritate proficiſcitur; ergò poſito contrario ſenſu per pactum de non petendo non poteſt non ipſo jure tolli naturalis obligatio; probatur conſequentia. Obligationes, quæ ſolo conſenſu contrahuntur, contrario conſenſu diſſolvuntur, *§. ult. inſt. quibus modis obligatio tollatur*, cum aliis juribus inferiùs exponendis, ergò naturalis obligatio quam ſolus conſenſus producit contrario conſenſu ipſo jure diſſolvitur, & à civili ſeparatur, & ut præjacta fundamenta in adverſarios retorqueam, nil tam naturale eſt, quàm eo genere quidque diſſolvi, quo colligatum eſt, *d. l.* 35. *de reg. jur.* ſed naturalis obligatio etiam ubi cum civili conjunctim producitur, ex ſolo conſenſu reſultat; ergo per contrarium etiam conſenſum à civili ſeparatur. Naturalem autem obligationem cum civili ſimul productam ab eâ poſſe ſeparari ex eo convinciter oſtendo, quod civilis obligatio à naturali poteſt ſeparari, expreſſi ſunt textus *in l. quæſitum* 14. *§.* 1. *de pignor. l. ubicumque* 60. *de fidejuſſor.* ergò & naturalis poteſt à civili ſejungi, nec opus eſt utramque ſimul diſſolvi, quamvis ſimul fuerit producta, cum qui itanium dominium ſimul cum bonitanio ſæpè acquiri contingat, & bonitanium à quinitanio poſſe ſejungi nemo adhuc dubitavit, nec quod mixta obligatio aliquando civilis ſimpliciter appelletur, inſeparabilem nexum arguit, ſed ideò fit, quia ubi mixta vertitur obligatio, nobilior profectò eſt civilis propter præcipuum actionis, & executionis effectum, in ipſos quidem adverſarios retorqueo textum *in d. §.* 23. *inſtitut. de except.* ubi quod initio dixit Imperator eum, qui pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, obligatum adhuc manere de civili dumtaxat, non etiam de naturali obligatione intelligi debere ſatis indicat, dum ſic rationem affirmat, quia *pacto* 2

convento obligationes non omninò diſſolvuntur, quam ſic expendo, ergò aliquatenùs diſſolvuntur, naturalis ſcilicet ipſo jure, & civilis per exceptionis auxilium. Rursùs, & forſan elegantiùs ſic Juſtinianum accipio, quaſi dixiſſet pacto convento obligationes non omninò diſſolvi, quia non ità diſſolvuntur, ut naturalis obligatio per pactum ſublata per poſterius pactum uniri poſteà civili non poſſit. *L. ſi unus* 27. §. *pactum hoc tit. cum ſimilibus* Nec quod efficax actio competat, probat naturalem obligationem adhuc ſupereſſe; efficax enim actio dicitur, quatenùs in judicio rectè deducta, non quoad effectum, qui per pacti exceptionem impetitur, ipſe Juſtinianus agnoſcit; noſtram denique ſententiam probant textus in *d. l.* 27. §. *ſed ſi ſtipulans* 6. *hoc tit.* ubi tota obligatio per pactum dicitur ſubmoveri, quod cùm de civili accipi non poſſit *l.* 5. *C. eod. tit.* neceſſariò de naturali debet exaudiri. Ulteriùs cum de ſimplici pacto de non petendo ex causâ alternativæ obligationis Conſultus diſſereret, dum totam obligationem dixit ſubmoveri, ſenſit naturalem totam obligationem reſpectu utriuſque rei in alternativâ ſtipulatione contentæ diſſolvi, ergo naturalis obligatio ipſo jure per pactum diſſolvitur, & à civili ſejungitur, vel ſeparatur.

3 Hinc quamvis inter cæteros extinguendæ obligationis effectus, ſeu modos à jure civili præſcriptos *l. ex ſtipulat.* 7. *cod. de ſentent. & interlocution.* pactum non enumeratur, *l.* 44. §. 1. *de oblig. & action.* ex prætoriâ tamen æquitate ſervatur, & perpetuam prætoriamque parit exceptionem, per quam civilis eliditur obligatio, *l.* 7. §. ſed cum nulla 4. & §. 5. *in fin. l.* 10. §. 1. & paſſim *hoc tit. l.* 13. §. 13. *l. ſi filius* 12. §. 1. *in fin. de interrogat. in jur. faciend. l.* 3. *de except. l.* 5. *cod. de dolo cum aliis pluribus*, quo ſenſu intelligendum erit quod dicitur per pactum doli obligationem, & ex pacto liberationem contingere in *l. non diſtinguimus* 32. §. *summa* 3. *de receptis arbitr. & in l.* 1. §. *ult. in fin. quæ in fraudem creditor.* & quod Prætor ait edicti verbis *ſe pacta ſervaturum in l.* 7. §. 7. *hoc tit.* datâ ſcilicet exceptione argum. textus in *l. inter* 44. §. 1. *famil. hereiſc.* juncto Galvano *de uſufr. cap.* 16. *num.* 13. Nec aliunde fortaſſis invaluit, ut exceptiones pro pactis dicerentur in *d. l.* 7. §. *ideo* 6. *hoc tit. l. ſi quis* 33. *de uſufr. l. quæro* 30. *de action. empti*; ut variis Cujacii & Fabri emendationibus omiſſis docuerunt Hotomanus *lib.* 1. *amicabilium quæſt.* 25. & *lib.* 8. *comment. cap.* 3. Petrus Faber ad *l.* 151. *de reg. jur. & lib.* 3. *ſemeſtr. cap.* 11. Caſtro *ad princ. inſt. de emptione & vendit. num.* 59. indè etiam expendendum illud Ciceronis *lib.* 2. *de inventione ante medium; pactum eſt, quod inter aliquos convenit, quod ita eſt juſtum, ut juri præſtare dicatur*; cujus ſimile eſt illud authoris Herennii Rhetor. *lib.* 2. *ſunt item pacta, quæ ſine legibus obſervantur ex conventu, quæ juri non præſtare dicuntur*; ideò ſcilicet pacta juri, ſive legibus præſtare dicuntur, quia etſi jure civili ſint inefficacia, à Prætore tamen per exceptionem ſervantur, & cum actionem jure civili competentem inefficacem reddant, poſteriora, quàm ipſæ leges videntur, ut interpretantur Cujac. *ad noſtrum tit. in princ.* Covarrubias *in reg. poſſeſſor* 2. *part.* 6. *num.* 6. Briſonius 3. *de ſolution. paulò poſt principium*, quamvis aliter Galvanus *d. cap.* 16. *num.* 10. ſed obſtat, quod prima pactorum de non petendo fundamenta apud Romanos juncta fuerunt *in legib. decemviralibus*, in quibus, ut conſtat ex Aulo Gellio *lib.* 17. *noctium Atticarum cap.* 2. ità erat ſcriptum, *rem ubi pacunt, ratum eſto, ni pacunt ante meridiem in foro, aut in comitio cauſam conciſcito*: quorum verborum ſenſus hic fuiſſe videtur, ut ſi factum eſſet pactum de non petendo, lis, & judicium conquieſceret, ſin minus cauſa in comitiis, aut foro perageretur; ergò pactum de non petendo tanquam à civili jure introductum tam civilem, quàm naturalem obligationem extinguit; qua difficultate oppreſſus Galvanus ubi nuper *n.* 24. liberatorium pactum de jure civili originem traxiſſe fatetur, negat tamen civilem obligationem extinguere, quia civiles obligationes, quæ certis modis non pacto conſtituuntur, per pactum extingui non poſſunt, & concludit decemviros, ut juris regulam cuſtodirent, & æquitatem pacti non condemnarent, ità huic rei proſpexiſſe, ut civiles obligationes, quæ per pactum directè tolli non poterunt, ſaltem indirectè, ſeu per exceptionem tollerentur.

Quæ Galvani ſententia tametſi à magni nominis Anteceſſoribus probata, diſplicet ex ſequentibus; primò nam ſi generaliter pactum de non petendo à jure civili agnitum, & introductum fuiſſet, fruſtrà leges decemvirales de furto, aut injuriâ ſpecialiter paciſci permitterent, ſed pactum, ne furti, aut injuriarum agatur 12. tabularum legibus ſpecialiter confirmatur, *l.* 7. §. *ſi paciſcar* 14. *in fine hoc tit.* ergò non omne pactum de non petendo à jure civili agnitum dici poteſt. Secundò ſi liberatorium pactum civili jure fuiſſet introductum, neceſſariò civilem etiam obligationem, & actionem ipſo jure tolleret, quamvis pactum non ſit efficax ad inducendam civilem obligationem, ut ex eo concludenter dignoſcitur, quòd licet pactum furti, aut injuriarum actionem inducere nequeat, *l.* 27. §. 2. *verſic. non erit, hoc tit.* quia lex 12. tabularum de furto, aut injuriâ ſpecialiter paciſci permittit, pactum ipſo jure furti, aut injuriarum tollit actionem *l. ſi tibi* 17. §. 1. *d. l.* 27. §. 2. *ſed ſi pactum hoc tit.* Nec pro Galvano dicat aliquis *d. l. decemvirali* id nominatim cautum fuiſſe, nam contrarium ex ejus verbis apparet, quæ teſtante Gellio *lib.* 20. *noctium Atticar. cap.* 1. ſic ſe habent: *ſi membrum ruperit vi, cum eo pacit, talio eſto*; quibus nil de actione ipſo jure tollendâ cavetur, ſed paciſci tantùm permittitur. Tertiò denique, hujuſmodi lex non diſpoſitivè, ſed enunciativè pactum permittit, ſuperiora autem præcedenti numero adducta pactum, de quo loquitur diſpoſitivè confirmat ibi: *rem ubi pacunt, ratum eſto*, & tamen pactum enunciativè tantùm permiſſum furti, aut injuriarum ipſo jure tollit, ergò ſi ſuperior lex de pacto de non petendo loqueretur, pactum ut diſpoſitivè ratum haberi juſſum aut confirmatum, fortiori ratione actionem ipſo jure tolleret; dicendum igitur eſt pactum de non petendo jure civili incognitum, ex prætoriâ tantùm juriſdictione deſcendere propter naturalem, quam continet, æquitatem ad elidendum civilem obligationem, quæ ſola ſupereſt, naturali ſublatâ, nec in eo Prætorem quidquam contra jus civile operari, ſed illud contingere, ut & rationem aliquam datæ fidei habeat, & viam litibus præcidendis paret; ſed objici poteſt textus in *l. rogaſti* 11,

Digitized by Google

§. 1. *de reb. credit.* ubi ſi decem mutua ità dentur, ut novem reddantur, non ampliùs ipſo jure, quàm novem debentur, ergò pactum de non petendo ipſo jure actionem extinguit, & in neceſſarium antecedens à jure civili agnitum, & approbatum eſt, nec ſatisfaciet qui dixerit eum D. Retes *lib.* 2. *Opuſc. ſect.* 4. *cap.* 4. *num.* 2. *ideò in d.* §. 1. per pactum liberatorium ipſo jure obligationem, & actionem extingui, quia tempore contractùs fuit appoſitum; nam hoc effugium evidenter convincitur ex *d. l.* 44. §. 2. *de oblig. & act.* Meliùs ſanè Donell. in *poſthum. ad tit. de reb. creditis in d. l.* 11. §. 1. reſpondet in eo textu liberatorium pactum non interceſſiſſe, is enim qui decem ita credidit, ut novem redderentur, nova dumtaxat mutua dedit, reliquam autem ſummam donaſſe cenſetur, cujus reſpectu ex defectu obligationis conſiderari liberatorium pactum non poteſt.

5 Nec Galvani ſententiam juvat ſuprà expenſa lex decemviralis, quæ cùm de pacto de non petendo intelligi non poſſit, ut jam vidimus rectiùs ex ſententiâ D. Santos de S. Pedro *in Academicis de pactis cap.* 1. §. 9. *num* 27. *cum ſequenti*, referri debet ad pactum, quo litigatores judicis incompetentis ſe ſubjiciunt juriſdictioni, ita ut legis ille ſenſus ſit, ut coram quo judice cauſam agi inter litigantes convenerit, cauſa poſſit expediri; ſi verò pacti non ſint ante competentem magiſtratum, cujus erat plerumque in Comitio, aut in foro tribunal, agere cauſam habeant, quod & poſteà legem Juliam judiciorum confirmaſſe indicant textus in *l.* 1. *l.* 2 *in princ. & §.1.de judiciis.* Undè quia pactum, quo litigatores inter ſe de adeundo judice incompetenti convenerint, jure civili approbatum eſt, uni ex litigantibus, invito altero, à pacto diſcedere non licet, & ſi lite nondùm conteſtatâ, res adhuc ſit integra, ut meritò cum aliis Corraſius tenet, *lib.* 4. Miſcell. *cap.* 5. quem non jure carpunt plures quos ſequitur Oſſualdus, *lib.* 18. *commentar. Donelli cap.* 10. *litt.* E. Nec huic doctrinæ Africanus reſiſtit, *in l. ſi convenerit* 18. *de juriſ.* ubi quod aſſerit, *ſi convenerit*, ut alius Prætor, quàm cujus juriſdictio eſſet, jus diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, neminem hujuſmodi conventioni ſtare compelli, de eo caſu cum judicio intelligit Corraſius, quo ab utroque litigatore mutata voluntas fuerat, quod integrâ re licere dubium non eſt, argum. textus *in l. ab empt.* 58. *hoc tit. cum ſimilibus.* Re autem jam non integrâ, adito ſcilicet Prætore, mutare voluntatem non licet, ne injuria fiat Prætori, cujus auctoritas per mutationem voluntatis contemni videretur, niſi forſan litigantes non apud alium Magiſtratum cauſam agerent, ſed ut à lite prorſùs diſcederent, voluntatem mutarint, quod & jure favente, & ſi nullâ conventione præhabita, ante competentem Magiſtratum litigare cœpiſſent.

6 Prætorio itaque dumtaxat jure confirmatum pactum de non petendo actionem, quam ipſo jure tollere non poteſt, ope exceptionis infirmat, & omnibus juris effectibus deſtituit, adeò ut in effectu debiti aut crediti conceptus non ſuperſit, & tunc nulla dicatur obligatio, ut præter jura adducta *num.* 3. probant textus in *l. item* 14. *in princ. quod metus causâ*, *l. ſi res* 12. §. *ult. juriſt. l. ſi ex ſponſalibus* 58. §. 1. *de jur. dotium. l.* 20. §. *obligatum* 3. *de liberali causa l.* 7. §. *ſi in diem* 14. *in fin. ex quibus cauſis in poſſeſſionem eatur*, *l. is cui* 42. §. 1. *de oblig. & act. l. ſi dari* 25. *de verb. oblig. l. creditores* 10. *l. creditor* 55. *de verbor. ſingul. & l. non videtur* 13. *l.* Marcellus 56. *l. nil:* 112. *l. ſi quis* 115. §. 1. *de reg. jur.* Hinc perpetuâ, & peremptoriâ pacti exceptione munitus, ſi per errorem ſolverit, repetere poteſt, diſerti textus in *l. cum is* 32. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. *ult.* textus ſic intelligendi in *l. fidejuſſor* 59 *de condictione indebiti l. qui hominem* 34. §. *ult. de ſolution. l.* 5. *hoc tit.* argum. textus in *l. ſi quis* 39. *cum ſequenti de jurejur. l. ſi quis juraſſet* 43. *de condictione indebiti.* Ratio provenit ex dictis, per pactum naturalis extinguitur obligatio, & ſola ſupereſt civilis, deficit ergo naturalis æquitas quæ retentionem poſſit inducere, & indebiti condictioni ſit locus, quæ ex bono & æquo proficiſcitur, *l. hæc condictio* 66. *de condictione indebiti*, hoc ipſum firmatur legatæ liberationis exemplo: debitor etenim, cui relicta eſt liberatio, ſi antequam per acceptationem liberetur, quo tempore perpetua ſolùm doli exceptione defenditur. *l. nil.* 50. §. *ult. de bonis liber. l.* 8. §. 1. *de doli mali, & metus except. l. amplius* 15. *rem ratam habere cum vulgatis.* per errorem ſolverit, repetere poteſt, *l. ſi non ſortem* 26. §. *adeò* 7. *de condict. indebiti.* Nec hanc doctrinam infringit, imò fulcit textus *in d. l.* 26. §. *libertus* 12. *tit. ſed ſi.* Ubi quod dicitur, quod ſi libertus, cum ab eo officiales operæ deſiderarentur, cum patrono pecuniæ deciderit, id eſt tranſactionis cauſâ pactus ſit, & ſolverit, repetere non poteſt, non ſic accipiendum eſt, quaſi ampliorem ſummam, quàm quæ in pacto fuerat comprehenſa, per errorem ſolvens, repetere non poſſit ſed juxta mentem Antonii Fabri in ejus textus *rationali* ita debet explicari, ut libertus pecuniam tranſactionis cauſâ in pacto comprehenſam ſolvens repetere non poſſit ex reg. textus in *l. eleganter* 23. §. *ſi quis* 3. *l. in ſumma* 65. *in princ. de condit. indebiti*, difficilior profectò videri poteſt textus *in l.* 5. § *idem Jul.* 2. *verſic. huic patri de liberat. legatâ*, ubi aſſeritur maritum, qui ſolvendo non eſt, eo tempore, quo liberatio dotis ei relicta eſt, ſi ſolvat, repetere non poſſe. Verùm omiſſa divinatoriâ interpretatione Fabri in *rationali* ad text. *in d. l.* 26. §. 7. *de condictione indebiti*, facilè reſpondetur conſultum, dum negat maritum poſſe repetere non loqui in ſuppoſitione legatæ liberationis, ſed generaliter definire maritum, qui ſolidum facere non poteſt, integram dotem per errorem ſolventem repetere non poſſe, quia exceptio in id, quod facere poteſt tanquam temporalis, & dilatoria indebiti condictionem non parit *l.* 8. *cum ſequenti de condictione indebiti*, tradunt ſubtiliſſimus Goffred. *in d. l.* 5. §. 2. *num.* 4. *cum duob. ſeqq.* & Illuſtriſſim. Ramos in manuſcript. ad *l. ſunt qui* 16. *de re judicatâ num.* 13.

Ex eodem naturalis æquitatis defectu debitum, 7
quod per pacti exceptionem ſubmoveri poteſt, compenſari non poteſt ex generali regulâ text. *in l. quæcumque* 14. *de compenſat.* nec magis conſtitui ex reg. text. *in l.* 3. §. *de conſtitutâ pecuniâ*; ſed obſtat quod qui perpetuâ pacti exceptione tutiùs pecuniam ſe ſoluturum conſtituit, hoc ipſo remittere exceptionem videtur argum. text. in *l. ſi creditori* 28. *de legat.* 1. *l. ſi creditor* 13. *in fin. de liber. leg. d. l.* 25. *de verb. oblig. l. ſi quis delegaverit.* 12. *de novation.* ſed remiſſa pacti exceptione

ne adeſt æquitas naturalis; ergo civile debitum, quod ſupereſt, poteſt per pactum de non petendo conſtitui: aſſumptum probant textus vulgares difficiles, tamen ad rem in *d. l. 27. §. 2. l. ſi debitor 55. verſic. item creditor. l. ult. hoc tit. l. pacta 12. cod. eod. tit. princ. inſt. de replication.* in quibus prius pactum de non petendo poſteriori de petendo, quamvis non ipſo jure, ope replicationis eliditur; ergo pacti exceptio, quæ per poſterius pactum jure remittitur, etiam per conſtitutum poteſt remitti; huic difficultati reſpondeo ex ſententiâ Fabri in *rationali* ad tex. in *d. l. 3. §. 1. de conſtitutâ pecuniâ*; quòd conſtitutum debitum exigit antecedens naturali æquitate ſubnixum, & licet qui ſciens eam pecuniam, contra cujus petitionem pacti poterat exceptione defendi, ſe ſoluturum conſtituit hoc ipſo exceptionem remiſiſſe credatur, hujuſmodi remiſſio, conſtitutâ pecuniâ actionem non producit, ſed replicationem, per quam pacti exceptio reſolvatur, quod ſolum evincunt textus in argumento adducti. Sed dices ſi verum eſt, quod *num.* 2. diximus, pactum de non petendo ipſo jure naturalem obligationem diſſolvere, & à civili ſeparare, ergo naturalis obligatio ipſo jure per prius pactum de non petendo ſublata etiam ipſo jure poteſt per poſterius pactum de non petendo ſuſcitari, & civili debet uniri, ſed hoc ipſo mixta conſtituitur obligatio naturalis, & civilis ſimul, quæ non poteſt per exceptionem elidi; ergo prius pactum per poſterius inſuper habito replicationis auxilio, ipſo jure debet extingui contra text. *d. l. 27. §. 5. hoc tit. cum ſimilibus*. Reſpondeo verum quidem eſſe naturalem obligationem ipſo jure per prius pactum ſublatam etiam ipſo jure per poſterius ſuſcitari, exceptionem tamen ex priori pacto quæſitam per poſterius ipſo jure extingui non poſſe, tum quia pacti exceptio in pacto conſiſtit, facta autem infecta reddi non poſſunt. *l. 12. §. pacti 2. de pactis*; tum quia prætorium jus ad differentiam civilis nil ipſo jure operatur, ſed intercedente facto Magiſtratùs *l. 1. §. ult. de ſuperficieb. cum ſimil.* quod ſibi voluit Paulus in *d. l.* 27. §. 2. dum dixit, quod prius pactum per poſterius non ipſo jure tollitur, ſicuti extinguitur ſtipulatio per ſtipulationem, per novam ſcilicet ſtipulationem, eamque ſubſecutam acceptilationem, quia in ſtipulationibus jus in pactis factum verſatur, id eſt quia ſtipulationes tanquam jure civili introductæ ipſo jure ſuam vim exercent, pacta autem ut pote quæ prætoriâ ſolùm tuitione novantur non ipſo jure, ſed ope exceptionis, aut replicationis ſervantur, docet cum pluribus Vinnius *de pactis cap. 21. num. 5. & 6.*

8 Temporale pactum ex contrario temporalem ſolùm, & dilatoriam exceptionem producit, quæ non afficit ſubſtantiam obligationis, ſed executionem tantùm ſuſpendit *dict. l. 3. de exception. l. 2. §. item 4. de doli mali, & metûs exceptione §. temporales 10. inſt. de exception.* Quapropter qui naturaliter dumtaxat obligatus eſt, ne à ſe intra certum tempus petatur, non niſi fruſtrà paciſcitur, quia cum naturalis obligatio actionem non pariat, temporale pactum, quod ne naturalem quidem obligationem extinguit, ut ſtatim dicemus, nullum effectum poteſt producere; hinc cum perſonalia omnia pacta non perpetua, ſed temporalia ſint, ſervus naturaliter obligatus, ne à ſe petatur, in perſonam non rectè paciſcitur. *l. 22. §. 1. hoc tit.* junctis, quæ dixi *præcedenti cap. num.* 4. indè etiam quamvis mixta ſit obligatio per temporale pactum, nec naturalis quidem extinguitur, quod ſic probo, quia perpetuum pactum naturalem obligationem diſſolvit, in neceſſariam conſequentiam pignus extinguit, *l. ſolutum 11. §. ſi quaſi 2. in jun. de pignoratitiâ act. l. 5. quib. modis pignus, vel hypoth. ſolvatur*; ſed poſito pacto perſonali, ſeu alio temporali, pignus perſeverat, *dict. l. 5.* ergo pactum temporale nec naturalem quidem obligationem extinguit. Ulteriùs quia per pactum naturalis tollitur obligatio; ergo civile debitum poſtea ſolutum repeti poteſt, ut vidimus *num.* 6. ſed temporalis pacti exceptione munitus per errorem ſolvens non repetit, *l. ſufficit 56. de condict. indebiti*; ergo per temporale pactum nec naturalis quidem tollitur obligatio. Denique nil intereſt, an ab initio dies certus diſpoſitioni apponatur, an poſt purè contractam obligationem de pecuniâ intrà tempus certum non petendâ pactum concipiatur, utroque enim caſu malè ante diem, poſt diem verò rectè agitur, *l. 25. §. hoc tit. d. l. 56. de condit. indebiti, dict. §.* 10. *de except.* argum. textus *in l. 8. §. illud 2. de liber. legatâ.* Sicut & nil refert, an legatum ab initio ex die certo relinquatur, an verò ab initio purè relictum ante diem certum peti prohibeatur, *l. Lucius* 88. *§. tutor 5. de legat.* 2. ſed dies certus ab initio diſpoſitioni adſcriptus nec naturalem, nec civilem obligationem, imò nec actionem, ſed executionem dumtaxat ſuſpendit, ut latè fundavi in *Academ. de die certo tam contractibus, quàm ultimis voluntatibus adjecto cap. 1. per totum*, ergo ex poſtfacto per pactum adjectus ſimiliter nec quidem naturalem poteſt obligationem extinguere: nec inutile, aut fruſtraneum ideò temporale dices pactum, cùm plures effectus producat, quos quia *dict. cap.* 1. planè diſcuſſimus, nunc repetere eſſet otioſum, illum ſolum adjiciam, quem tunc omiſeram, ſcilicet quia pactus eſt, ne à ſe intra certum tempus peteretur, intra illud moram non facit, *l. ſi pactus 54. hoc tit.* quia nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla eſt petitio *L. nulla 88. de reg. jur.* nulla autem quoad effectum eſt petitio, quæ per exceptionem poteſt ſubmoveri, *l. 21. de uſur.* quam moram ob rem ſicuti poſt perpetuum liberatorium pactum, uſuræ quæ ob moram ſolvendæ forent, non debentur; text. ſic intelligendus in *l. ſi mulier 77. de jure dotium*, junct. *l. 12. §. ult. eod. tit.* ſic & temporale pactum efficit, ut uſuræ; quæ propter moram debentur pro ratâ temporis in eo comprehenſi non debeantur. *L. lecta 40. ſed cum fortis de reb. creditis*, ubi Donellus *num.* 20. Cujac. *lib.* 3. quæſtionum Pauli, & Faber *in rationali, l. elegans in d. l. 8. §. 2. de liber. legat.* Ex quo principio intelligendus eſt text. *in d. l. 54. hoc tit.* ubi dicitur, quod ſi poſt factum de non petendo, res in obligatione contenta perierit, reus, qui ante pactum moram non fecerat, non tenetur, id eſt ipſo jure ab obligatione liberatur, quin egeat exceptionis auxilio ex vulgari regulâ text. in *l. 5. de reb. cred. l. ſi ex legati 23. de verb. oblig.* & docuit videndus Antonius Faber in ejus textus *rationali.*

Quod diximus nil intereſſe, an dies ab initio 9
diſpoſitioni fuerit adſcriptus, an verò poſt obli-

gationem purè contractam temporale pactum concipiatur, difficillimum ſanè redditur ex incognito ad rem textu in *L. Julianus 20. de jure dotium*, ubi ex Ariſtonis, Neratii & Pomponii ſententia contra Julianum docet Paulus, quòd licèt mulier, quæ dotem purè promiſit, ne à ſe vivâ dos petatur, rectè paciſcatur, ab initio tamen dotem, cùm morietur, inutiliter promittit. Rationem aſſignat, aliud eſt enim purè promiſſam dotem ex actione per pactum differri, aliud ab initio in id tempus ſtipulari, quo matrimonium futurum non ſit, multùm ergo refert, an dies certus ab initio diſpoſitioni apponatur, an verò poſt obligationem purè contractam, temporale pactum adhibeatur. Auget difficultatem textus in *l. eandem 9. §. 2. de duob. reis*, ubi ſi quis in deponendo penes duos paciſcatur, ut ab altero culpa quoque præſtetur, imparitas obligationis efficit, ut duo rei non conſtituantur; ſi verò ambo culpam ab initio promiſerint, alteri poſteà pacto remiſſa ſit, non ideò duo rei eſſe deſinunt; rationem Papinianus ſubjungit, quia poſterior conventio, quæ in alterius perſonâ interceſſit, ſtatum, & naturam obligationis, quæ duos reos fecit, mutare non poteſt, aliud itaque eſt unum ab initio culpam quoque promittere, aliud à duobus ab initio culpam promiſſam alteri poſteà per pactum remitti; ſimiliter ergò aliud erit diem certum ab initio diſpoſitioni adſcribi, aliud pecuniæ purè debitæ executionem per pactum poſteà differri; pro cujus difficultatis ſolutione dicendum eſt, regulariter nil intereſſe, an obligationis executio ab initio, an ex poſtfacto in diem certum per pactum differatur, in ſpecie autem textus in *d. l. 20. de jur. dotium* peculiarem rationem verſari, & mulierem ideò dotem, cùm morietur ab initio non rectè promittere, quia cum dos matrimonii oneribus debeat deſervire, & in ultimum inſtans vitæ uxoris collata ſtipulatio licèt præſens eſt quoad ſubſtantiam obligationis. *L. nam ſi cum moriar 1. de condict. indebiti*, præſens tamen non ſit quoad effectum executionis, ut fundavi in *Academ. de die certo cap. 3. num. 1. cum 3. ſeqq.* cùm imò in id tempus conferatur, quo matrimonium futurum non eſt, utilis eſſe non poteſt. L. *ſi pater 76. de jur. dotium.* Ex contrario autem mulierem, quæ dotem ab initio jure promiſit, poſtea ne à ſe vivâ petatur, utiliter ideò paciſci, quia exigendæ dotis facultas, quæ ex præſenti omninò ſtipulatione competebat, ſicut per pactum, ope exceptionis tolli poteſt. *L. ult. §. 1. de pact. dotal.* ſic & differri, & ſufficit dotem ab initio ita promitti, ut poſſit matrimonii oneribus deſervire. Conſulendi pro pleniori eorum jurium intelligentiâ Galvanus *de uſufr. cap. 21. num. 6.* D. Retes *de donat. cap. 17. num. 11.* & D. Santos in ſuis ad Ariſtonem commentariis *in d. l. 20. de jur. dotium.* Nec magis obſtat textus in *d. l. 9. §. 1. de duob. reis*, nam ut rectè ibi Cujac. *lib. 7. queſt. Papin.* ea ſola obligationis imparitas impedit, ut duo rei conſtituantur, quæ efficit, ut beneficium liberationis utrique reo commune eſſe non poſſit. Talis profectò eſt, quæ invenitur, ubi in diſponendo penes duos, de culpâ ab altero præſtandâ convenerit, non quæ ex poſteriori conventione reſultat; quæ cum ipſo jure extinguere obligationem non poſſit, non efficit, ut uterque culpæ nomine obligatus non maneat, ut utrique commune non ſit liberationis beneficium, peculiaris itaque ratio datur, quæ utramque conventionem concernit, quia in noſtris terminis deficiente marito, diximus nil intereſſe, an dies certus ab initio, an ex poſtfacto per pactum diſpoſitioni opponatur.

10 Explicuimus jam poteſtatem, & effectus liberatorii pacti, quod ex prætoriâ juriſdictione deſcendit; nunc de pactis jure civili approbatis, quæ ipſo jure civilem obligationem & actionem extinguunt, videamus; & primum occurrit pactum, ne furti, aut injuriarum agatur, quod tanquam lege duodecim tabularum permiſſum, non ope exceptionis, ſed ipſo jure actionem extinguit. *L. 2. §. 14. in fine. l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. & 4. hoc tit. l. 9. §. nunc 2. verſ. ergò de omnibus l. ſi pro fure 7. de condit. furtiva, l. ſi ſervus 26. l. ſi pign. 54. §. ult. l. interdum 56. §. qui tutelam 4. l. ſi ſervus 61. §. 1. & §. quod verò de furtis, l. non ſolum 11. §. 2. verſic. proinde, l. ſi unus 17. §. ſi ante 6. verſ. nam etſi, & §. planè 12. cum ſequenti de injuriis, l. ſi poſt deciſionem 13. cod. de furtis, l. ſi donationis 18. c. de donat.* idque non ex eo provenit, quod hæc crimina ex *l. 12. tabular.* ſanguinis pœnam inferrent, & honeſta ſit redimendi ſanguinis ratio, quod voluit Balduinus *ad leg. 12. tab. cap. 10.* nam nec furti, nec injuriarum delictum ſanguinis pœnâ multatur; conſtat ex bis, quæ tradunt Revardus *ad leg. 12. tab. cap. 25. cum ſequenti*, & Anton. Auguſtinus *cap. 19. cum 5. ſeqq.* nec magis ex eo, quod unicuique licere debeat proprium commodum, propriæque injuriæ vindictam per pactum remittere, ut exiſtimat D. Santos *de pactis cap. 1. §. 3. num. 25.* quia pactum omne de non petendo privati juris continet remiſſionem, nec tamen jure civili approbatum invenitur; ſed ex eo potùs, quod eum injuriarum, & concordiæ retinendæ gratiâ lex duodecim tabularum ſuper eis paciſci permittit, quia hominis intereſt hominem beneficio affici; pœnæ autem non irrogatæ indignatio ſolam duritiem continet, ut alias Papinianus *in l. ſervus 7. de ſerv. exportand.* docent ex Cujac. *lib. 28. queſtion. Papiniani in d. l. 95. §. 4. de ſolution.* Faber *in rationali* ad text. *in d. l. 17. §. 1. hoc tit.* & Arias de Meſa *lib. 2. variar., cap. 15. num. 14. cum ſequenti.* Ex his infertur, quod licet priùs pactum de non petendo per poſterius de petendo ope replicationis tollatur, ut dixi *num. 7.* ſi tamen poſt pactum de non agendo ex causâ furti, aut injuriæ, poſtea ut eo nomine ageretur, convenerit, poſterius hoc pactum inutile prorſùs eſt, quia actio ipſo jure per pactum ſemel extincta, ſuſcitari poſtea non poteſt, ut pote quæ non ex pacto, ſed ex furto, aut contumeliâ naſcitur, *d. l. 27. §. 2. verſ. ſed ſic pactum hoc tit.* inde etiam rectè inferunt Cujac. *in l. 21. c. hoc tit.* Oroz. *lib. 3. de apicib. cap. 12. num. 9.* & Valeron. *de tranſact. tit. 1. queſt. 3. ex num. 58.* quod inofficioſi querela tanquam injuriarum actioni ſimilis pactum ipſo jure tollit; ut indicant textus in *l. 8. §. 1. de inoff. teſtam. l. cum mota 6. C. de tranſact.* de cujus conciliatione cum *l. ſi inſtituta 27. in princ. de inoff.* Videndi & Oroz *d. cap. 12. num. 10. & 11.* Valeron. *queſt. 3. n. 63. cum duob. ſeqq.* D. Retes *in animadverſ. de inoff. cap. 22. per totum*; quam ſententiam juvant ſanè publicum teſtamentum, favor, quem querelæ remiſſio continet, nec quidquam intereſt, an gratis, an ex tran-

ſactionis cauſâ pactum interponatur ; utrumque enim lege probatur, illicò tamen ſervato diſcrimine, quia qui pretio dato paciſcitur, infamiâ notatur, *l. 6. §. pactus 3. de his, qui notan. infam. l. non damnatos* 18. *cod. ex quib. cauſis infamia irrogetur*, textus ſic intelligendi *in l.* 1. *verſ. qui furti. L. 4. §. ult. de his, qui not. infam. §. ex quibus inſt. 2. de pœnâ temerè litigantium*, quoniam qui ſic paciſcitur, crimen confiteri intelligitur, *l. 5. de his, qui not. infam. l. 4. l. ejus 29. l. Imperatores 34. de jure fiſci, niſi forſan juſſu* Prætoris pactus ſit *d. l. 6. §. 3.* tradunt Cujac. *lib. 5.* Paul. *ad edict. in l. 4. de poſtulande.* Oſſuald. *lib.* 18. *commentar. cap.* 8. *duplici litt. A. A.* Vinnius *de tranſact. cap. 7. num.* 29. quidquid cum pluribus ſentiat noſter Pichardus *in d. §. 2. inſt. de pœnâ temerè litigant. num. 17. cum ſequenti*, & Valeron *de tranſact. tit. 3. queſt. 5. num. 55. cum ſequenti*, nec obſtat textus *in leg. action. 7. de his, qui not. infam.* pro cujus explicatione videndi jam laudati Cujac. & Oſſuald. *duplici littera M. M.* qui autem nullo pretio dato, gratis paciſcitur, infamis non fit, quia vel pro confeſſo non babetur *d. l. 4. de jur. fiſci*, vel licèt crimen confiteri intelligatur, quia tamen furtum, vel injuriam paſſus, delicti vindictam remittit, perinde crimen habetur, ac ſi commiſſum non eſſet, & plenâ veniâ reus potitur, ut ex dictis juribus eleganter ratiocinatur Oſſuald. *dict. cap.* 8. *litt. H.*

11 Pacta itidem liberatoria ſuper his contractibus interpoſita, qui ſolo conſenſu perficiuntur, ipſo jure civilem etiam obligationem, & actionem diſſolvunt, *l. 7. §. adeò 6. l. 27. §. 2. verſ. idem dicemus, l. ab empt. 58. hoc tit. l. 6. §. ult. de contrahen. empt. l. 2. cum duab. ſeqq. l. 5. §. 1. reſcind. vendit. l. ex empto 11. §. 6 quibus de actionib. empti l. 1. & 2. cod. quando liceat ab empt. diſced. l. 8. cod. de pact. in empt. & vendit. §. ult. inſt. quib. modis tollitur obligatio.* Ratio in promptu eſt, prout una quæque obligatio contrahitur, ſic & diſſolvitur ; ergò eodem conſenſu ſolo contracta obligatio ipſo jure per contrarium conſenſum diſſolvitur ; *l. prout* 80. *de ſolution. l. nil 35. l. omnia 100. l. ferè 155. de reg. jur.* hinc contrarius conſenſus ſuper hujuſmodi obligationibus acceptilationi æquiparatur in ſingulari, & ſpatioſo textu in *l. ſi mulier 21. §. ſi metu 4. quod metus cauſâ* Ex eadem ratione cum acceptilatio inutilis in ratione acceptilationis in vim taciti pacti de non petendo ſubſiſtat, ut ſatis dixi *in 1. cap. ex num.* 2. ſuper hujuſmodi contractibus interpoſita vulgaris acceptilatio, quamvis in ratione acceptilationis ſit inutilis, *l. 8. §. 3. de acceptilat.* non ſuâ naturâ, ſed conventionis poteſtate ipſo jure actionem extinguit, *l. cum emptor 5. de reſcind. vendit. l. ult. de acceptilat.* Valentia *lib. 2. illuſtrium tract. 3. cap. 4. num.* 15. Caſtro *ad principium inſtitut. de empt. & vendit. num.* 59. Nec aliâ de cauſâ quanquam poſt prius pactum de non agendo ex cauſâ furti, aut injuriæ, poſterius pactum, cum de eis cauſis ageretur, interpoſitum, ne peteret, actionem ſuſcitare, nec magis novam poſſit inducere, ut dicebam *num. præced.* Si tamen pactum conventum totam emptionis, & venditionis obligationem ſuſtulerit, novum pactum licèt priſtinam obligationem non poſſit ſuſcitare, ad novum tamen contractum proficere Paul. reſpondet in *d. l. 27. §. 2. hoc tit.* Diſcriminis ratio hæc eſt, furti, aut injuriarum actio non ex pacto, ſed ex delicto naſcitur, emptio autem, & venditio ſicuti ſolo diſſenſu diſtrahitur, ſic & nudo conſenſu conſtituitur.

12 Reciprocus autem diſſenſus, qui ad reſolvendam omnem obligationem exigitur, non ſolùm vertitur, ubi expreſsè convenit, ut neuter ab altero quidquam peteret, ſed etſi illud ſimpliciter convenerit, ut alter non petat, veluti ſi venditor de pretio non petendo paciſcatur, hoc ipſo etiam emptor de re non petendâ tacitè pactus cenſetur, & utrinque tacita tota reſolvitur obligatio *d. l. 5. de reſcind. vendit. d. l. ult. de accept.* junc. Oſualdo *lib. 11. commentar. cap. 6. litt. H.* nec enim quiſquam ita fatuus exiſtimatur, ut ex his cauſis, ex quibus mutuæ obligationes naſcuntur ſibi ab altero debitum remittat, quin & quod ipſe debet, ab altero remiſſum ſit, niſi forſan ea fuerit paciſcentium voluntas, ut integro manente contractu, unus dumtaxat liberetur, quo pertinet textus in *l. ſi convenerit 56. hoc tit.* ubi ſi convenerit, ne dominus à colono aliquid peteret, & juſta conventionis ſit cauſa, adhuc colonus à domino poteſt petere, juſta autem cauſa cenſetur fundi ſterilitas, aut domini liberalitas, ut explicat Cujac. *lib. 6. Juliani ex Minitio natali in d. l. 56.* & quemadmodum poteſt ex teſtamento alter dumtaxat ex contrahentibus, rato manente locationis, aut venditionis contractu, liberari, *dict. l. 26. §. 7. de condit. indebiti l. ſi in l. 24. §. ult. locati l. cum ſervus 39. l. ſi Titius 2. de legat. 1. l. ſi cui 16. cum duab. ſeqq. de liberat. legatâ*, quia juſta cauſa intercedit, teſtatoris ſcilicet liberalitas à legatarii meritis provocata, ſic & in vivos liberalitatis cauſâ unum dumtaxat ex contrahentibus integro manente contractu liberari nil prohibet *d. l. 56. hoc tit.* ſic intelligenda, *l. ſi tibi 5. locati*, quidquid dicat Anton. Faber in *rationali* ad præfata jura, quem meritò reprehendit Oſualdus, *ubi ſuprà.* Ex his explicandus eſt textus in *l. ſi id quod 7. §. 1. verſ. idem poteſt de reſcind. vendit.* uti ſi pupillus, qui emerat cum tutoris autoritate poſteà ut ab emptione diſcederetur ſine tutoris autoritate pactus ſit, videri quidem poteſt perinde eſſe, ac ſi ab initio ſine tutoris autoritate emiſſet, quo ſanè caſu contractus ex uno tantùm latere conſtat, & pupillus non obligaretur, qui verò cum eo contraxiſſet, vel ne oblato pretio, vel pretium re traditâ præſtaret juxta textus ſic intelligendos in *l. Julianus 13. ſi quis de act. empt. & in principio inſtitution. de autor. tutor.* contrarium tamen Paulus reſpondit, & aſſerit ſemel ab initio utrinque perfectam emptionem per pactum à pupillo ſine tutoris autoritate poſteà interpoſitum non diſſolvi, quia juſta conventionis cauſa non interceſſit, & bonæ fidei vix congruit pacto ſtare, quod alteri captioſum ſit ; ſed dices, etiam emptio ab initio ſine tutoris autoritate contracta alteri cum pupillo contrahenti captioſa eſt, & tamen ſervatur, ergò & pacto debet ſtare, quamvis altrei captioſum ſit ; prævidit objectionem Paulus, & ſic tacitè diluit, ut emptio ab initio ſine tutoris autoritate contracta damnoſa quidem eſt ei, qui cum pupillo contrahit, ſervatur tamen ex ratione textus in *l. qui cum alio 19. de reg. jur.* emptio tamen ab initio cum tutoris autoritate contracta ideò per pactum ſine tutoris autoritate interpoſitum non diſſolvitur, quia venditio ex utroque latere conſtans plenior eſt, quàm quæ ex uno dum-

taxat obligar, plenior autem venditio per poſſcſſionem minùs plenam reſolvi non poteſt, ut initio textus dixerat Conſultus, cujus deciſio non ſolùm in caſu juſti erroris procedit, ut falsò exiſtimabat Cujacius, ibi *lib. 5. quæſtion. Pauli*, ſed etiam ubi qui cum pupillo pactus eſt, ejus conditionem ſciebat, ut ſuperior ratio evincit, & ſentire videtur Faber in ejus *rationali*.

13 Ad eandem juris partem ſpectat obſcura Pomponii deciſio in *l. 1. de reſcind. vendit.* ubi cum rem peculiarem filiusfamilias vendidiſſet, quærebatur, utrum ad diſſolvendum contractum præter patris, & emptoris conſenſum, etiam filii conſenſus requiratur? in qua re Celſus filii quoque conſenſum requirebat, & pactionem inter patrem ſolum, & emptorem factam inutilem eſſe aſſerebat, quia filius ab obligatione in ſolidum civili, quà emptori manſit obligatus per pactionem cum ſolo patre factam non liberatur, cùm tuil per pactum poſſit acquirere *l. quod dicitur* 130. *de verb. obligat.* filio autem non liberato, nec patri quidem pacto prodeſſe poteſt, nam licèt Ariſton exiſtimaverit poſſe ità paciſci, ot unus maneat obligatus, ejus ſententia tunc ſolum vera eſt, cum juſta cauſa intercedit, quo ſenſu accipiendum eſt, qood ot certum ſupponitur, quod ſi pupillus ſine tutoris autoritate paciſcatur, ipſe quidem liberatur, non otiam qui cum eo pactus eſt, ne pugnet cum *d. l. 7. de reſcind. vendit.* alioquin, juſtâ cauſâ non intercedente pro unâ parte contrahentium abiri pacto ad emptionem non poteſt. Hanc Celſi ſententiam Pomponius non admittit, etiam cum ſolo patre factam pactionem validam eſſe concludens, & liberato adverſario non modò patrem, ſed & filium obiter liberari, ratio in eo conſiſtit, & eſt, quòd cùm emptor patri, non etiam filio fuiſſet obligatus per pactionem cum ſolopatre factam omtinò liberatur, ac proinde omnem obligationem ex eo contractu acquiſitam ſibi, remittere, id eſt non ſolum patrem ſed & filium liberari intelligitur; ex regulâ textus in *d. l. 5. de reſcind. vendit.* & in *d. l. ult. de acceptilat.* ſic ferè D. Santos de S. Pedro ad Ariſtonem in *d. l. 1. de reſcind. vendit.* qui tamen meo judicio fallitur, dum in ſpecie Pomponii non ipſo jure, ſed ope exceptionis filium liberari contendit nixus autoritate textus in *l. ſi cum emptore* 16. §. 1. *hoc tit.* nam cùm contractus ipſo jure per pactionem reſolvatur, exempto actione deficiente, implicat exceptionem aliquam competere, & longè diverſa eſt ſententia textûs in *d. l.* 16. §. 1. ubi quia res integra non erat per contrarium conſenſum ipſo jure contractus reſolvi non poteſt, ſed ſolùm ope exceptionis; nec tunc obſtat ratio, quâ præcipuè Celſus movebatur, & quæ Antonium Fabrum in *rationali* coegit, ut Pomponii deciſionem Triboniani juriſprudentiæ tribueret, nam etſi verum eſt, patrem obligationem filio acquirere non poſſe, nil tamen prohibet, patre liberato, quin etiam filius per conſequentias liberetur, *dict. l. 5. §. 2. de liber. legata.* Similiter ergò cum circa eos contractus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, contrarius conſenſus ſolutionis, aut acceptilationis vicem gerat, *d. l.* 21. §. 4. *quod metùs causâ*, patre per contrarium liberato, filius quoque debet liberari, quia licèt alteri per alterum non acquiratur obligatio, *l.* 38. §. *alteri* 17. *de verb. oblig. cum ſimilib.* poteſt tamen acquiri liberatio *l. ſolvendo* 39. *de negotiis geſtis l.* 1. §. *hac actio* 24. *de exercitatoria actione l. ſolution.* 13. *l. ſi pro me* 40. *l. ſi debitor* 91. *de ſolution.* junc. vulgari reg. textus *in l. 47. de oblig. & action.*

Ex his infero, quod contractu per contrarium 14
conſenſum reſoluto, eo nomine acceptus fidejuſſor ipſo jure liberatur, ſublatâ etenim principali obligatione, acceſſoria retineri non poteſt *l. cum principalis* 178. *de reg. jur.* Accedit, quod ubi naturalis tantùm vertitur obligatio, per jusjurandum, & pactum liberatorium, ſicuti naturalis ipſo jure tollitur obligatio, ſic & fidejuſſor ipſo jure per conſequentias liberatur *d. l. ult. de jure jur. d. l. 95. §. 4. de ſolut.* ſed mixta obligatio nodo conſenſu contracta ſolo conſenſu ipſo jure diſſolvitur, ergo & fidejuſſor ipſo jure in neceſſariam conſequentiam liberatur; deinde ſi cum reus non verbis, ſed alio modo fuiſſet obligatus, fidejuſſori acceptilatum ſit, reus etiam ipſo jure liberatur, *l. 3. & 7. lib. 16. §. 1. de acceptilation.* ergo verſâ vice principali obligatione per contrarium conſenſum reſolutâ, etiam fidejuſſoria obligatio, quamvis verbis contracta, ipſo jure diſſolvi, vel reſolvi debet, quo ſenſu intelligendi ſunt textus in *d. l. 3. de reſcind. vendit. & in d. l. 95. §. ult. de ſolution.* Opponi tamen videtur textus in *d. l. 3. verſ. item venditorem*, ubi ſi venditor pretium, uti ſi emptor rem in ſtipulationem deduxerit, contractu per contrarium conſenſum reſoloro, actio ex ſtipulatu non ipſo jure, ſed ope exceptionis extinguitur; ergo ſimiliter principali obligatione per contrarium conſenſum reſolutâ, fidejuſſoria obligatio non ipſo jure, ſed per exceptionem debet diſſolvi. Huic objectioni, quæ Cujacium decepit *lib. 33. Pauli ad edictum in eo textu*, facilè reſpondetur ex mente Antonii Fabri, Paulum non loqui de ſtipulatione emptionem, & venditionem confirmandi causâ adhibitâ, quæ reſolutâ per contrarium conſenſum venditione ipſo jure reſolvitur, argum. textus in *l. 14. §. 1. ut legator. nomine cav.* ſed de ſtipulatione novandi animo interpoſitâ, in quâ totum venditionis negotium tranſlatum, quæ cum propriam naturam ſortiatur, nec veteris qualitates obligationis aſſumat, *l. 15. de novation. cum ſimilib.* ut dixi 1. *cap. num.* 1. per contrarium conſenſum non ipſo jure, ſed per exceptionis auxilium extinguitur, *d. l. 8. de ſolution. l. 25. de reg. jur.* junct. Cujacio 29. *Pauli ad edictum in l. ſed etſi de conſtituta pecuniâ.*

Nec ſolùm contrarius conſenſus contractum, 15
qui ſolo conſenſu perficitur, diſſolvere, ſed & reformare, aut renovare poteſt, veluti ſi de augendo, vel diminuendo pretio convenerit, hoc ipſo prior emptio tollitur, & nova conſtituitur *l. pacta 27. verſ. an idem de contrahen. empt.* emptionis quippe ſubſtantia conſiſtit ex pretio, quod ſemel auctum, vel diminutum diverſum jam eſt, ut probat elegans textus in *l. 2. de reſcind. vendit.* ubi ſi res ſemel empta poſteà pluris, aut minoris ematur, prior emptio reſolvitur, & poſterior ſubſiſtit, quaſi nulla præceſſerit. Hic exponendus eſt textus in *l. 7. §. adeò 6. hoc tit.* ubi pars emptionis pactione mutari poſſe dicitur, & contractus reformari, ita ut quodammodo qnaſi renovatus videatur, quam ſententiam ſic accipiendam exiſtimo, emptionis & venditionis ſubſtantia ex pretio, & re venditâ conſiſtit, & ubi de augendo, vel diminuendo pretio convenitor, licèt pars ſubſtantialis rei venditæ non mutetur, altera tamen pars ſubſtantialis pretii

mutatur, quod in cauſâ eſt, ut prior emptio reſolvi, & nova conſtitui intelligatur, & ſic non à venditione abſolutè, ſed à priori venditione recedatur, quod ex Pomponii ſententiâ *lib. 6. ad edictum*, ſe ſcribere refert Ulpianus, adjicit tamen (juxta florentinam lectionem quam præfero) illud ſe non æquè probare, quod idem Pomponius in libris lectionum probat, poſſe, in parte recedi pacto ab emptione, quaſi repetitâ partis emptione. Exiſtimabat ergò Pomponius, quod ſi cum integer fundus, v. g. fuiſſet venditus, poſtea ut pars inempta fieret, conveniſſet, contractus pro parte ſolùm reſolvetur, & ea ſcilicet conjecturali ratione utebatur, quod quamvis aucto, vel diminuto pretio, non pro parte, ſed in totum à priori emptione recedatur, id ex eo fieri videtur, quòd cùm pretium in pecuniâ numeratâ debeat conſiſtere, & conſequenter in numero aliud, atque aliud fit ex unius numeri additione, vel detractione, quemadmodum & alius, atque alius numerus eſt, ut non inſubtiliter conſiderat Anton. Faber *in rationali ad text. in d. l. 27. de contrahen. empt.* at ubi pars inempta fieret convenitur, pars altera eadem eſt, quæ ab initio empta fuerat, & ſic non in toto, ſed pro parte ab emptione recedit, & partem emptionis repetitam intelligi videbatur. Quam Pomponii ſententiam meritò non probat Ulpianus, quia cum emptionis ſubſtantia ex re venditâ non minùs, quàm ex pretio conſiſtat, ubi pars ſubſtantialis rei venditæ mutatur, non poteſt non prior emptio diſſolvi, & nova conſtitui, cùm pars fundi non poſſit non eſſe diverſa res ab integro fundo; progreditur Ulpianus, & Juliani ſententiam refert aſſerentis, quod ſi cum duo hæredes emptori extiterunt, venditor cum altero, ut ab emptione diſcederetur, pactus ſit, emptio pro parte diſſolvitur, quia licèt ex perſonâ hæredum obligationis conditio non ſoleat immutari, *l. 2. §. ex eis 2. de verb. oblig.* emptore cum pluribus hæredibus decedente, poteſtate *legis 12. tabul.* actiones pro hæreditariis partibus extinguuntur, & tot fiunt emptiones, quot ſunt hæredes, quorum uno paciſcente, ſi quidem emptionem ut ab initio contractam inſpiciamus, ab eâ parte recedi, ſi verò ut inter hæredes diviſam attendamus, ab eâ in totum diſcedi, argum. text. *in l. legatarius 38. de legat. 1.* Utrumque tandem ſibi placere concludit, & quod Julianus aſſeruit, & quod Pomponius, quod ne imperito interpreti tribuam, cum Fabro non de poſteriori Pomponii ſententiâ ex lectionum libris deductâ, quam Ulpianus non probavit, ſed de priori ex *lib. 6. ad edictum*, cui ſubſcripſi, intelligi debere contendo. Nec de juris ſolùm apicibus, aut ſine effectu ſuperiorem fuiſſe quæſtionem puto, nam ſi pro parte ſolùm ab emptione recederetur, procul dubiò fidejuſſores, aut pignora adhuc in obligatione manerent, at quia prior emptio diſſolvitur, & nova conſtituitur, fidejuſſores liberantur, nec aliter novæ emptionis nomine tenentur, quaſi de novo fidem ſuam adſtrinxerint; ſimiliter & rei alienæ ex domini voluntate conſtitutum pignus ſpirat, nec ſine novo domini conſenſu ex novæ emptionis causâ tenetur, ut ab argumento textus probant in *l. labeo 25. §. ult. de recept. arbitr. l. item quæritur 13. §. ult. locati l. 7. l. 16. cod. eod. tit.* juncto pro eorum explicatione Arnoldo Vinnio *2. ſelectar. cap. 41. per totum.*

16 Hæc, quæ de pacto ex intervallo adjecto ſuper obligationibus, quæ ſolo conſenſu perficiuntur, diximus, procedunt; ſi pactum ſit de ſubſtantialibus contractibus, ſi verò de ejus adminiculis, id eſt de his, ſine quibus contractus poteſt ſubſiſtere, rectè explicat Cujacius *lib. 10. quæſt. Papin. in d. l. 72. de contrahenda empt.* ipſo jure nec formare, nec reformare poſſe contractum, in quâ re celebris eſt Papiniani deciſio in *d. l. 72.* ubi dicitur, quod pacta detrahentia contractu continentur, adjicientia autem contractui non inſunt, ſi autem pacta detrahentia, omiſſo Cujacio, per quæ de reliquis, & ordinariis contractùs præſtationibus aliquid detrahitur, ut ecce cum in emptionis contractu quotiès res pretioſa venditur, duplex cautio præſtari ſoleat, & debeat *l. emptori 37. in princ. & §. 1. de eviction. cum aliis*, ſi de cautione non præſtandâ convenerit, pactum contractu continetur, quia ope exceptionis ſervatur, quæ ineſt bonæ fidei judiciis, ut poſteà dicemus; adjicientia pacta ſunt, quæ ſolitis contractùs præſtationibus aliquid adjiciunt, veluti ſi convenerit, ut duplex cautio, quæ per nudam ſolùm repromiſſionem debet experiri, *dict. l. 37. de eviction.* adhibito fidejuſſore præſtetur, pactum non ineſt contractui, ad hoc ſcilicet ut actionem pariat, per quam emptor petat ſibi dato fidejuſſore caveri, quia ex pacto, quod non eſt de ſubſtantialibus contractûs ex intervallo adjecto actio non naſcitur, ut ex Papiniani autoritate docet Ulpianus in *l. 7. §. quinimo 5. verſ. idem reſponſum hoc tit.* contractus tamen continetur quoad cauſam exceptionis, per quam emptor ſe tueri poterit, agente venditore ad pretium, donec ſatisdatio præſtetur, quæ quidem exceptio quamvis temporalis, & dilatoria, ineſt tamen bonæ fidei judiciis, ut docet Anton. Faber in *rationali ad dict. leg. 72.* ſed dices, ſi tam adjicientia, quàm detrahentia pacta quoad cauſam exceptionis contractu continentur, falsò aſſerit Papinianus detrahentia contractu contineri, adjicientia autem contractui non ineſſe; Reſpondeo, quod cum detrahentis pacti utilitas in excipiendo ſolùm, non etiam in agendo conſiſtat, & exceptiones ipſo jure bonæ fidei judiciis inſint, pactum contractu continetur, adjicientia autem pacta ex intervallo interpoſita, ſi contractibus ineſſent, non modò exceptionem, ſed & contra regulas juris actionem producerent; undè meritò Papinianus inter hujuſmodi pacta ſuperius diſcrimen conſtituit; ex quo interpretandus eſt textus in *d. l. 27. §. 2. verſ. quod ſi non hoc tit.* juncto Fabro in ejus *rationali*, nec quod diximus pactum de ſubſtantialibus contractibus, veluti de augendo, aut diminuendo pretio priorem emptionem reſolvere, & novam conſtituere, impugnat textus in *l. emptor 41. in fin. hoc tit.* qui omiſsâ Cujacii ſententiâ inventione novantur ſtipulatione tranſlatâ juxta Fabrum procedit, quæ cum per pactum ope replicationis veteri formæ reſtituitur.

17 Rursùs nec ſemper pactum de ſubſtantialibus contractibus ipſo jure contrarium reſolvit, ſed ita demùm, ſi res ſit integra, id eſt, ſi nec res tradita, nec pretium ſit numerabile, re autem jam non integrâ, contractus non ipſo jure, ſed ope exceptionis reſolvitur, ut probat textus in *d. l. 16. §. 1. hoc tit. & in d. l. 5. §. ult. de reſcind. vendit.* junct. Caſtro *ad princip. inſtitut. de*

emptione & vendit. num. 61. *& in l. voluntate* 10. *in princ. & §.* 1. *quib. modis pignus, vel hypotheca ſolvitur*, niſi forſan actus retrò ſimilis interceſſerit, veluti ſi re traditâ venditori reſtitutâ, perſolutum pretium emptori redditum fuerit, nil enim intereſt, an re integrâ, an in integrum reſtitutâ, pactum intervenerit, *d. l.* 1. *cod. quando liceat ab emptione diſcedere, d. l. ab empt.* 58. *hoc tit.* ubi in verſ. *illud decemur*, quod per conventionem re non integrâ interpoſitâ effici non poteſt, ut res tradita reſtituatur, ut ſolutum pretium reddatur, ne ſcilicet ex pacto actio naſcatur. Nec contrarium, ſed diverſum eſt, quod ex Ariſtonis ſententiâ dixerat Neratius in *d. l.* 58. *verſ. Ariſtoni*, quod ſi re etiam traditâ inter emptorem, & venditorem convenerit, ut eâ reſtitutâ, pretium non debeatur, utile pactum eſt, non ſcilicet ut actionem producat, ſed ut rectè re in integrum poſtea redditâ, ipſo jure, & reſtitutâ, pretium non debeatur, quia licèt inſpecto paciſcendi tempore res integra non fuerit reſtituta, ut doceot latiùs proſequentes Anton. Faber *de error. pragm. decade* 95. *err.* 9. *cum ſequenti decade* 96. *err.* 2. & 3. Caſtro ubi *ſuprà d. num.* 61. illud tamen monendum eſt, quod ſivè pactum ſit de ſubſtantialibus contractus re non integrâ, ſivè de ejus adminiculis exceptionem ſemper producit, quæ ineſt ipſo jure hujuſmodi bonæ fidei judiciis, ex regulâ textus in *l. ſed ſi* 11. *ſoluto matrim. l. hujuſmodi* 84. *§. qui ſervus* 5. *de legat.* 1. hic ubi quæritur, utrùm pactum dolo malo factum ipſo jure inutile ſit? An verò per replicationem elidatur ex ſententiâ D. Santos de S. Pedro *de pactis cap.* 3. *n.* 18. pugnantes invicem Interpretum opiniones ſic ſunt conciliandæ. Si judicium, in quo de pacti viribus agitur, ſit bonæ fidei, doli replicatio non ineſt, ſi non, opponatur textus ſic intelligendus in *l.* 35. *hoc tit.* quamvis utroque caſu verum ſit dolo replicationem oriri, quæ in primo ipſo jure ineſt, in ſecundo judicio debet opponi, quo ſanè ſenſu facilè intelliguntur textus in *l.* 7. *§.* 7. *& §. dolo* 9. *cum duob. ſeqq. hoc tit. l.* 9. *cod. de tranſact. l.* 3. *cod. de except.* nec ad hanc partem pertinet textus in *l. ſi cum te* 5. *in princ. & §.* 1. *hoc tit.* qui loquitur de pacto per errorem facto, quod ex defectu conſenſûs indiſtinctè inutile eſt ex reg. textus in *l. in omnibus §.* 1. *de oblig. & act. cum ſimilibus.*

18 Quæ de contractibus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, per contrarium conſenſum, vel ipſo jure, vel ope exceptionis reſolvendis dicta ſunt, ita procedunt, ſi utriuſque contrahentis mutuus conſenſus interceſſerit, alioquin poſt contractum ſemel perfectum, regulariter ex contrahentibus uni, altero invito, à contractu reſilire non licet *l.* 5. *C. de oblig. & act. l.* 3. *C. de reſcind. vendit.* Donell. *lib.* 16. *commentar. cap.* 16. regulariter, inquam, quia aliquando uni ex contrahentibus, etiam altero renuente, à contractu diſcedere permittitur, ut ecce mandatum re integrâ poteſt revocari, & tempeſtivè renunciari *l. ante litem* 16. *de procurat. l.* 12. *§. ſi mandavero* 16. *l. ſi mandatum* 15. *l. ſi mandavero* 22. *§. ult. l. ſi quis* 25. *§. qui mandatum* 2. *Mandati.* Rationem præſtant, rem latè explicantes Donellus, & Oſualdus *dict. l.* 16. *cap.* 23. Societatis etiam contractus, qui jus quoddam, fraternitatis habet, & inter invitos ſæpe diſcordias excitare conſuevit, per tempeſtativam unius ex ſociis renunciationem rectè factam diſſolvitur *l.* 4. *§.* 1. *l. verum* 63. *§. ult. cum l. actione* 65. *§.* 3. *cum ſequenti pro ſocio l. tandiu* 5. *cod. eod. tit.* Donell. & Oſuald. *d. lib.* 16. *cap.* 24. & libera eſt adeò renunciandæ ſocietatis facultas, ut quamvis convenire poſſit, ne res communis intra certum tempus dividatur, ſi tamen convenerit, ut omninò diviſio fiat, veluti, ne à ſocietate diſcedatur, inutile pactum ſit, ut pote quia rixarum præbet materiam *l. in hoc judicium §. ſi conveniat.* 2. *cum ſequenti communi dividendo l. ſi convenerit* 14. *l. nulla pro ſocio* adinſtar ſocietatis argum. text. in *l.* 4. *cod. de crimine explicata hæredit.* Romani per unius ex conjugibus diſſenſum matrimonium diſſolvi permiſerunt *l.* 7. *de divortiis l. nec ab initio* 14. *cod. de nuptiis.* Et pacta improbarunt, quæ liberam detrahendi matrimonii facultatem impedirent *l. ſi ſtipulator* 19. *de verb. obſervat. l. conſenſu* 8. *C. de repudiis l.* 2. *C. de inutil. ſtipulat.* ſed occurrit, quod cùm reciprocus etiam diſſenſût contractus, qui ſolo conſenſu perficitur, ità demum ipſo jure reſolvat, ſi res adhuc ſit integra, & ſocietate ſemel contractâ res integra dici non poſſit *l.* 1. *§.* 1. *l.* 2. *pro ſocio*, implicat contractum ſocietatis etiam per mutuum ſociorum diſſenſum ipſo jure reſolvi; Reſpondendum ideò exiſtimo, aliquos contractus, qui nudo conſenſu perficiuntur, re non integrâ, per contrarium conſenſum ipſo jure non reſolvi, quia eis reſolutis actiones etiam in neceſſariam conſequentiam ipſo jure extinguerentur, quod per pactum re non integrâ per unius ex ſociis diſſenſum ipſo jure ſolvit, quia eâ extincta, pro ſocio actio non extinguitur, ſed adhùc perſeverat, ut notum eſt, quam ſolutionem illud non ineleganter perſuadet, quod ſi pactum eò tendat, ut pro ſocio actionem extinguat, non ipſo jure, ſed ope exceptionis ſervatur, ut probatur ex textu in *d. l.* 14. *§. ult. communi dividendo*, ubi ait Paulus, quod ſi paciſcatur ſocius, ne partem ſuam petat, in effectu ſocietas tollitur, quod licet ipſo jure pro ſocio actio non tollitur, ope exceptionis, quæ ineſt judicio pro ſocio quoad effectum juris extinguitur.

19 Ex quibus omnibus celebris occurrit diſceptanda quæſtio, utrum ſcilicet pignoris obligatio per contrarium conſenſum, ac pactum liberatorium ipſo jure, an ope exceptionis extinguatur? pro cujus reſolutione omiſſis quæ tradunt Neratius de *pignor. part.* 8. *membro* 3. Balduinus *eodem tract. cap.* 20. Donellus *ad l.* 23. *de pignor.* Bachov. *lib.* 5. *de pignorib. cap.* 5. & 6. Vinnius *de pactis cap.* 21. *num.* 8. Arias *de Meſa lib.* 1. *Variar. cap.* 39. *num.* 5. breviter ſtatuo cum Cujac. in *d. l.* 23. *C. de pignor. & cum* Fabro *in rationali* ad textum in *leg.* 17. *§.* 2. *hoc tit.* quando pignoris obligatio, ſivè res creditori ſit tradita, ſivè nuda dumtaxat conventione obligata per pactum, ſivè de pecuniâ non petendâ, ſivè de pignore non perſequendo non ipſo jure, ſed ope exceptionis extinguitur, quæ ſententia probatur ex *leg. ſi tibi* 17. *§. de pign.* 2. *hoc tit. l.* 5. *in princip. l.* 7. *ſed ſi §.* 2. *l.* 8. *§. ſi procurator* 2. *quib. modis pignus, vel hypoth. ſolv. l.* 2. *C. de remiſſ. pign.* ex juribus ſic intelligendis in *l.* 9. *§. omnes* 3. *verſ. & generaliter de pigneratitiâ actione l. major* 13. *cod. de pign. l.* 4. *cod. de remiſſ. pign.* & ſequenti juris ratione fulcitur; pactum ſivè de pecuniâ non petendâ, ſivè de non conſequendo pignore à prætoriâ ſe-

lùm juriſdictionem ſervatur, ergo nec hypothecariam quidem actionem ipſo jure poteſt extinguere ex dictis *num.* 6. Sed objiciunt Adverſarii hypotheca nudo conſenſu conſtituitur *l.* 1. *de pignorat. act. cum ſimilib.* ergo nudo etiam conſenſu ipſo jure diſſolvitur ex *dictis num.*11. ſi pactum pignoris jure prætorio hypothecariam actionem inducit ex reg. text. in *d. l.* 35. *de reg. jur.* Rurſùs naturali obligatione ſublatâ pignus extinguitur; ſed pactum de non petendo naturalem obligationem extinguit, ut ſuprà diximus, ergo & pignus ipſo jure diſſolvitur. Reſpondeo contractum, qui nudo conſenſu perficitur, per contrarium conſenſum diſſolvi ipſo jure non poſſe, quia licèt nudo conſenſu, non tamen ipſo jure, ſed tuitione prætoriâ conſtituitur, ut præter *dicta num.* 7. probat ſelectus textus in *l. ſi noxale* 27. *de noxalib. action.* & ſic non ipſo jure, ſed à prætore datâ exceptione per contrarium conſenſum extinguitur, argum. textus in *l.* 27. §. 2. *hoc tit.* nec quod pactum naturalem obligationem diſſolvat, ipſo jure pignoris extingui debere, convincitur, nam quemadmodum extinctâ naturali obligatione, pignus liberatur, ſic & fidejuſſor *d. l.* 14. §. 1. *de pign. d. l.* 60. *de fidejuſſor*; & tamen ubicumque civilis ſupereſt obligatio, fidejuſſor non ipſo jure, ſed ope exceptionis liberatur *l.* 7. *de exceptionib.* ergo & pignus non ipſo jure, ſed per exceptionem extinguitur, quod idem procedit, naturali obligatione per jusjurandum ſublatâ juxta textum in *l. jusjurand.* 40. *de jurejur. l. ſi differente* 13. *quib. modis pignus vel hypoth. ſolv.* quos ita intelligit D. Ramos *lib.* 2. *ad l. Juliam*, & Papian *in cap.* 21. *n.* 18.

20 Adeò autem pactum de pecuniâ non petendâ pignus per exceptionem extinguit, ut inutilis debiti remiſſio utilem pignoris obligationem producat; juxta text. *in l.* 1. *quib. modis pign. vel hypoth. ſolv.* qui nec poteſt accipi, cum Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 5. *cap.* 2. *num.* 26. de debiti remiſſione per contractum capitale crimen factâ, quæ in fraudem fiſci parere inutilem pignoris remiſſionem non poteſt, argum. textus in *l.* 2. *l. ſed ſi pignus* 18. *quæ in fraudem creditor.* nec magis juxta interpretationem D. Retes *de donationib. cap.* 19. *num.* 11. *cum duob. ſeqq.* quam convincere facillimum eſſet, ſed potiùs debiti remiſſionem ex ejus legis ſcientiâ parere inutilem, quæ modum impoſuit donationibus, ut ſentire videtur Cujac. *lib.* 11. *reſponſ.* Papin. *in d. l.* 1. §. 1. quin obſtet textus in *l. Modeſtinus* 23. *de donation.* quem rectè explicat Gifanius, quidquid dicat D. Retes de donat. *cap.* 4. *num.* 3. & *dict. cap.* 19. *num.* 6. quæ quidem utilem pignoris liberationem producit, argum. text. *in d. l.* 18. *quæ in fraudem creditor.* Huic doctrinæ obſiſtere videtur text. in *d. l. debitum* 5. *de remiſſ. pignor*; ubi inutile pactum de pecuniâ non petendâ utilem pignoris remiſſionem non continet; facilè tamen cum pluribus reſpondet Arias de Meſa *d. l.* 1. Variar. *cap.* 13. *num.* 19. & textus in *d. l.* 5. de his caſibus accipiendum, in quibus idem vitium in pignoris, ac in principalis debiti remiſſione verſatur, veluti ſi pactum dolo malo, aut per errorem fuerit interpoſitum, vel à pupillo ſine tutoris autoritate conceptum, qui non magis pignoris obligationem, quàm principale debitum poteſt remittere *d. l.* 7. *in princip. quib. modis pignus, vel hypoth. ſolvit.* quâ eâdem interpretatione capiendus eſt textus in *l. ſolutum* 11. §. *ſi quaſi* 2. *in fin. de pignoratitiâ act.* ubi illud ſolum pactum, cui ſtandum eſt, pignus extinguere dicitur, ideſt quod injuſtum non eſt, & pignoris liberationem poteſt inducere, ut rectè in hâc parte explicat eum textum Bacovius *d. l.* 5. *de pignor. cap.* 5. Sed adhuc inſtabis, quamvis inter virum, & uxorem principalis debiti remiſſio ſit inutilis, pignoris tamen liberatio non eſt prohibita *d. l.* 18. *quæ in fraud. creditor.* & tamen inutilis venditio rei pignore obligatæ animo donandi facta inter conjuges, pignus non extinguit *l.* 1. §. *ſi uxor* 6. *de donat. inter vir. & uxor*, ergo inutilis debiti remiſſio numquam utilem pignoris conditionem inducit; longè tamen hæc inter ſe diſtant quisquis debitum quamvis inutiliter remittit, etiam pignus liberare intelligitur velle; Uxor autem, quæ rem ſibi pigneratam, ſeù pignori obligatam à marito emit, donationis causâ dominium quidem acquirere, pignus autem ità demùm liberare intendit; ſi efficax venditio ſit, argum. text. in *l.* 4. §. *ult. quib. modis pignus, vel hypoth. ſolv.* conducit & text. in *l. debitor* 40. *de pignoratitiâ act.* juncto Arias de Meſa *d. l.* 1. *cap.* 33. *num.* 17. Quibus jam tractationem noſtram ſuſpendimus, quam poſt Academicas ferias Deo auſpice proſequemur.

CAPUT QUARTUM.

In quo, ad quæ extendi, quibuſque prodeſſe, aut nocere liberatorium pactum poſſit ſigillatim inveſtigatur.

HActenùs expoſita liberatorii pacti poteſtas non eò uſque progreditur, ut circa aliam rem vires exerat, quàm quæ in conventione fuerit comprehenſa, imò ex voluntate paciſcentium, ex quâ ſolâ pactum proficiſcitur, ad rem ſolùm in conventione comprehenſam reſtringitur, nec circa aliam extenditur, ut pro regulâ tradit Paulus in *l. ſi unus* 27. §. *pacta* 4. *verſ. ante omnia hoc tit.* cujus exempla ſuppeditant textus in *l. tres fratres* 35. junctis quæ dixi *cap.* 2. *num.* 16. *in fine l. empto* 47. §. 1. *eod. tit. l. cum Aquiliana* 5. *l. qui tum fidejuſſor.* 9. §. 1. & §. *ult. l. non eſt ferendus* 12. *de tranſact. l. ult.* §. *idem quæſit.* 3. *de condict. indeb. l.* 3. *l. ſi de certa* 31. *C. de tranſact.* juncto cum pluribus Valeron *de tranſact.* 4. 5. *qu.* 2. Unde exponendus eſt textus in *l. ſi pro fure* 7. *in princ. de condict. furtiva*, ubi ſi pro fure damnum deciſum ſit, id eſt, ſi furtum paſſus cum fure tranſegerit, furti quidem actio tollitur, furtiva autem condictio adhuc perſeverat, cujus rei eam eſſe rationem exiſtimat Anton. Faber in ejus textus *rationali*, quòd cùm lex decemviralis de furto ſpecialiter paciſci permiſerit, ut dixi *præced. cap. n.* 1. pœnalis furti actio ut pote quæ *ex l.* 12. *tab.* deſcendit, *d. l.* 7. §. 1. per pactum ejuſdem legis permiſſione fulcitum ipſo jure tollitur, furtiva autem condictio, quæ non *ex leg.* 12. *tab.* ſed ex ipſo dumtaxat maleficio dimanat, per pactum impediri non debet, hæc tamen fabricatio ex pluribus diſplicet, nam etſi nec manifeſtè quidem furti actio *ex l.* 12. *tab.* deſcendat, furti manifeſti actio ex prætoriâ juriſdictione profluxit *princ. inſtit. ver. furti de perpetuis, & temporalib. action.* textus autem in *d. l.* 7. generaliter in quocumque furto ſivè manifeſto, ſivè non 1

manifeſto procedit, & prætereà jusjurandum ſuper furto à lege ſpecialiter permiſſum non eſt, ſed quia pro pacto cedere ſolet *l. tutor.* 35. §. 1. *de jurejur.* per prudentum interpretationum ſub pacti nomine permiſſum cenſetur, *l.* 11. §. 1. *de injuriis cum aliis adductis anteriori cap. num.* 10. & tamen jusjurandum condictionem furtivam non minùs, quàm pœnalem furti actionem ipſo jure tollit, *l. ſi duo* 13. §. *item Julianus* 2. *de jurejur.* ergò non ideò condictio furtiva per pactum non extinguitur, quod ex *l.* 12. *tabul.* ſpecialiter non deſcendat, at bæc condictio furtiva, quamvis ex *l.* 12. *tabularum* non proveniat, civilis eſt, ergo etiam ſecundùm Fabri doctrinam per pactum jure civili confirmatum ipſo jure tolli poteſt; niſi alia juris ratio obſtaret. Denique etſi vera eſſet Fabri aſſumptio, ſcilicet quod per pactum lege decemvirali fulcitum ea ſolùm actio extingueretur, quæ ex eadem lege profluxerit (quæ tamen falſa eſt) ſolùm evinceret, quòd actio, quæ ex eadem lege deſcenderet, non ipſo jure, ſed ope exceptionis per ſimile pactum tolleretur, & ſic ſecundùm Fabri principia in *l.* 7. condictio furtiva ope exceptionis extingueretur, atqui in *l.* 7. condictio furtiva nec ipſo jure, nec per exceptionem extinguitur ut ſatis textûs littera oſtendit, ut vel ipſe Faber agnoſcit; ergò textus deciſiva ratio ex aliis principiis pendet.

2 Meliùs itaque ex mente Dioniſii Gothofredi dicendum eſt, quod in *l.* 7. per pactum ex mente paciſcentium ad pœnalem furti actionem coarctatur, nec ad furtivam condictionem protrahitur, quia faciliùs quiſpiam remittere pœnam, cujus nondum irrogatæ indignatio ſolam duritiem continet. *l.* 7. *de ſervis exportand.* quàm furem à rei ſubreptæ reſtitutione liberare velle præſumitur, argum. text. in *l. cum de indebito* 25. *in princ. verſ. quinimò de probation.* Nec tunc obſtat, quod ſi quis deferenti adverſario, furtum ſe infeciſſe juraverit, per jusjurandum, quod pro pacto, & ad eam rem reſtringitur, ſuper quâ juratum eſt, *l. in duob.* 28. §. *ſi quis l. ſi actor* 36. *de jurejur.* tam condictio furtiva, quàm pœnalis furti actio extinguitur *d. l. ſi duo* 13. §. *idem Julianus* 2. *eod. tit.* nam quoad hanc partem inter pactum, & jusjurandum efficax diſcriminis ratio ſtatim occurtit, furtiva condictio non minùs, quàm pœnalis furti actio naſcitur ex ipſo furto, & cum jusjurandum ad inſtar rei judicatæ pro veritate habeatur, utramque actionem extinguit; neutra etenim in ſuppoſitione furti non commiſſi poteſt ex mutuâ conventione competere, pactum autem è contrario ſupponit furtum commiſſum non eſſe, imò tranſactionis causâ interpoſitum furti confeſſionem inducit ex dictis *præced. cap. num.* 10. & ex libertate proveniens, ſi non furti confeſſionem continet, nec etiam furtum eſſe commiſſum ſupponit, cum furti conceptu non ſublato ex voluntate paciſcentium ad pœnalem furti actionem reſtringitur, nec ad furtivam condictionem porrigitur, nec hujuſmodi inter jusjurandum, & pactum differentiæ obſiſtit textus in *l. ſi quis* 52. §. *ſi quis juraverit* 27. *de furtis*; ubi ſi quis juraverit ſe furtum non feciſſe, furti actione peremptâ rei perſecutio Domino ſervari dicitur, nam omiſſis Accurſii divinatione, & vulgatâ lectione, quam præferunt Antonius Faber in *rationali* textus in *d.* l. 13. §. 2. & Arias de Meſa *lib.* 2. *variar. reſol. cap.* 15. *num* 16. florentinâ lectione retentâ, una ejus textûs ſententia hæc eſt; ſi quis ſe furtum non feciſſe juraverit, licèt poſtea rem furtivam contractet, furti quidem perimitur, quo nomine utramque actionem, quæ ex furto naſcitur, pœnalem ſcilicet, & rei perſecutoriam intelligo, cùm novum in jure non ſit, ut furti actionis appellatione etiam condictio furtiva denotetur, *l. ſi is cui* 71. *in princ. de furtis*, Donell. 21. *commentar. cap.* 3. *& ibi* Oſualdus *plures referens litt. L.* nec, licèt jusjurandum contrectatio fuerit ſubſecuta, furti actionem poteſt inducere, nec enim quælibet furtum inducit, ſed ea demùm, quæ fraudoloſa eſt, jusjurandum autem contrectatio ſecuta à fraude protsùs eſt aliena. Quod ergò in fine textûs dicitur rei perſecutionem Domino adhuc ſupereſſe, non ad furtivam condictionem per jusjurandum jam extinctam eſt referendum, ſed ut rectè in hanc partem docent cum antiquioribus Arias de Meſa, *ubi nuper*, ad rei vindicationem, quæ cum ex furto non proveniat, ſed ex domitio *l. in rem* 23. *de rei vendicatione*, etiam furti actione, furtivâque condictione ſublatis, Domino adversùs eum, qui juravit, non tanquam furem, ſed ut poſſeſſorem porrexit.

Nec ipſa regula, quæ habet pactum ad rem ſolùm in eo contentam pertinere dubitandi occaſionem præbuit Paulo Conſulto in *d. l.* 27. §. *ſi cum decem hoc tit.* ubi cum is, cui decem debebantur de viginti non petendis pactus eſſet, de pacti validitate quærebatur, quod ex eo inutile videbatur, quod non de decem debitis, ſed de viginti in obligationem non deductis, non petendis conveniſſet, meritò tamen Paulus decidit in decem pacti, vel doli (non quidem ſubſidiariam, quò inclinare videtur Cujac. *lib.* 3. *Pauli ad edictum in eo textu*, ſed ut docet Julius Pacius, generalem, quæ cum pacto, & quâvis aliâ exceptione concurrit, *l.* 2. §. *item* 4. *cum ſequenti de doli, mali, & metûs exceptione*) exceptionem competere, quia in majori ſummâ minor continetur *l.* 1. §. *ſi ſtipulati* 4. *de verb. oblig. in eo* 110. *de reg. jur.* & qui de viginti non petendis pactus eſt, ut ipſe de decem non petendis pactus dicitur argum. text. in *l.* 3. §. *ſi quis* 5. *de adimend's legatis*, facit etiam ad rem legatæ liberationis exemplum, nam ſi eum, qui decem debet, damnatus ſit hæres viginti liberare, liberationis legatum ſubſiſtit, *l. non ſolùm* 7. §. *ſed ſi debitorem* 2. *de liberat. leg.* ubi rationem ex Juliano præſtat Ulpianus, quia ſi decem debitori viginti accepto ferantur, in decem ſubſiſtit acceptilatio, *l. ſi is qui ſtichum* 15. *de acceptilat.* quæ tamen eam dumtaxat obligationem extinguit, de quâ extinguendâ inter partes actum eſt, *l. plurib. eod. tit.* quod non ſic intelligatis, quaſi acceptilatio inutilis quidem ſit in rationa acceptilationis, quia tanquam actus legitimus, & individuus non poteſt pro parte valere, & pro parte non valere, efficax tamen ſit in ratione taciti pacti de non petendo, & ſic non plenam, ſed imperfectam liberationem producat, ut exiſtimabat Anton. Faber *in rationali ad l.* 27. §. 5. *hoc tit.* hùc Paulum referens in *l. niſi conſentiat* 14. *de acceptilat.* nam acceptilatio etſi actus legitimus in decem, ut pote comprehenſus in legitimis, in viginti utilis eſt in ratione acceptilationis, nec pro parte, ſed in totum ſubſiſtit reſpectu totius debita quantitatis,

nec

nec magis hùc referendus Paulus *in d. l.* 14. quem longè latiori ſenſu explicuimus *par.* 1. *num.* 3. progreditur conſultus in *d. l.* 27. *& in verſ. etenim*, caſum invertens quærit, ſi cum viginti deberentur, de decem non petendis convenerit, an utile pactum ſit, & reſpondet pactum in id prodeſſe, ut tantùm reliqua decem exigi cum effectu poſſint, non quia in minori ſummâ major continetur, ſed quia quemadmodum pars ejus, quod debetur, aut obligationis teſtamento poteſt remitti *d. l.* 7. *in princ. de liberat. legatâ*, & per ſolutionem conſentienti creditori factam, aut acceptilationem extingui: *l. ſtipulatus* 9. §. 1. *ſic intelligenda de ſolution. l. pars* 9. *cum l. ſequenti l. & per jusjurand.* 13. §. 1. & 2. juncto Galvano *de uſufr. cap.* 2. *num.* 8. & §. *cum qui* 5. *l. qui hominem* 17. *de acceptilat.* ſic & per pactum ope exceptionis. Unde ultra Interpretes infero, quod quemadmodum ſi pars ejus, quod debetur, accepto feratur, ipſo jure pro parte ſublatâ obligatione, creditor ſolidam ſummam poſteà petens litem amitteret. §. *ſi quis agens* 33. *inſtit. de action.* ſic debiti parte per liberatorium pactum remiſſâ, creditor integram ſummam petens litem amittit, quia plus repetit pro parte, quæ in effectu poſt pactum non debetur, pœna etenim plus petentium non modò his infligitur, qui partem petunt, quæ per exceptionem indebita conſtituitur, ſivè exceptio ipſo jure inſit ex *l.* 4. *de compenſat.* ſivè in judicio debeat opponi, ut probatur ex §. *temporalis* 10. *inſt. de exception.* idque ſibi voluit Paulus in *d. l.* 27. §. 5. dum ait, quod per exceptionem in judicio apponendam efficitur, ut creditor reliquam ſummam in pacto non comprehenſam exigere tantùm poſſit, ubi obſervanda eſt conſulti elegantia, qui non loquitur de exceptione in judicio jam oppoſitâ, quia per eam efficeretur, ut creditor litem omninò amitteret, ſed de opponendâ, cujus metu efficitur, ut ſummam ſolùm in pacto non comprehenſam creditor exigat.

5 Ad Præjactam regulam ſpectat ejuſdem Pauli deciſio in *d. l.* 27. §. *ſed ſtipulatus* 6. & §. *ſed ſi generaliter* 7. *hoc tit.* aſſerit conſultus in *d.* §. 6. quod ſi ſtipulatus decem, aut ſtichum de decem pactus ſim, exceptio pacti conventi in totum reſtabit: nam ut ſolutione, & petitione, & acceptilatione unius rei tota obligatio ſolveretur, ſic & per pactum de unâ re non petendâ interpoſitum, tota obligatio ſubmovetur, quam Pauli ſententiam ad eum caſum, quo electio ad debitorem pertineret, reſtringunt Cujac. *lib.* 3. *Pauli ad edictum in d.* §. 6. Julius Pacius in *d.* §. 7. & Oſualdus *lib.* 16. *commentar. cap.* 21. *litt. K.* Cheſius *lib.* 1. *interpretationum cap.* 15. *num.* 75. nam cum in alternativis obligationibus electio regulariter ſit debitoris, niſi eam creditor ſibi reſervaverit, *l. plerùmque* 1. §. *ult. de jure dotium cum ſimilibus*; ubi ſi debitoris eſt electio, ideò pactum de unâ re non petendâ totam obligationem extinguit, quia cum creditor non unam aliquam rem in alternativâ obligatione contentam, ſed alterutram debeat petere, *d.* §. 33. *verſ. huic autem inſtit. de action.* hoc ipſo tanquam penes rem, de quâ non petendâ pactus, pacti exceptione repellitur, & alioquin ſi tota obligatio non diſſolveretur, inutile pactum eſſet, cùm etiam eo non interpoſito creditor non veram aliquam rem, ſed alterutram petere deberet, & ubi electio ad creditorem ſpectat, pactum de unâ re non petendâ non in totum obligationem diſſolvit, ſed rem ſolùm, ſuper quâ fuit interpoſita obligatio, ſubducit, quia creditor, cujus electio eſt, ſupponitur rem alteram in pacto non comprehenſam rectè petens, quin timeat periculum exceptionis, quæ intra fines rei in conventionem deductæ concluditur, rei inutile pactum dici poteſt, quod quamvis non extinguat, minuit tamen obligationem, quam differentiam nuper laudati Interpretes deſumunt ex eodem Paulo in *d. l.* 25. ubi cum ex causâ genericæ obligationis electio ad creditores, qui eam ſibi reſervaverant, pertineret, pactum de unâ re non petendâ extenuat quidem, non etiam extinguit obligationem; ergo ſi electio eſſet debitoris, tota per pactum obligatio tolleretur, ac proinde idem de alternativâ obligatione, quæ non multùm à genericâ diſtat, dicendum eſt.

Hâc tamen differentiâ inſuper habitâ generaliter Paulum accipiunt in *dict.* §. 6. *ſubtiliſſimus* Goffredus *in d. l.* 7. §. 1. *de liberat. leg. num.* 23. *cum ſeq. & Valentia lib.* 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 4. *num.* 8. *cum ſeq.* Cum quibus aſſero, quod ſivè ad debitorem, ſivè ad creditorem electio pertineat, pactum de unâ re non petendâ in totum alternativam obligationem ope exceptionis diſſolvit, quia cum utriuſque ſit in alternativâ obligatione expreſſus contractus verbis, & ſingulares disjunctim debitas obligatas ita efficiat, ut eorum quælibet integrè comprehendatur *l.* 5. §. *ult. qui, & à quibus cum vulg.* ſicuti per ſolutionem, aut acceptilationem unius rei tota obligatio extingueretur, ſivè debitoris, ſivè creditoris eſſet electio *d. l.* 2. §. 1. *de liberat. leg. junct. ibi* Goffredo *num.* 2. *l. hominem* 17. *de acceptilat.* junctis Valentia, *ubi nuper num.* 30. & Cherio *dict. l.* 1. *cap.* 50. *num.* 100. ſic & per pactum de unâ re non petendâ in effectu tota extinguitur obligatio; ſed inſtabis; creditor, caſu quo ejus ſit electio rem alteram in pacto non comprehenſam petens, pacti exceptionem timere non poteſt, quæ ad rem ſolùm in conventione comprehenſam ſpectat, ergo pactum de unâ re non petendâ non in totum alternativam obligationem diſſolvit, reſpondeo, quòd adhuc licèt creditor rem alteram in pacto non comprehenſam petens per exceptionem ſubmoveatur, nullâ pacti extenſione opus eſt, quod cum de unâ re in obligatione contextâ non petendâ fuerit conceptum propter alternativam obligationis naturam, quæ ſingulas res æquè comprehendit, totam obligationem efficit, & ſuper rebus ſingulis conceptum intelligitur. Gravior ſanè oritur difficultas ex textu *in d. l.* 13. §. *ſi ſtichum* 6. *de acceptilat.* ubi juxta Florentinam lectionem, qui ſtichum, aut decem ſub conditione fuit ſtipulatus, ſub eâdem alternatione, aut decem accepto fecit, & cum ſtichus pendente conditione deceſſiſſet, decem in obligatione manere Ulpianus reſpondet, perinde ac ſi acceptilatio interpoſita non fuiſſet, quem textum ſic noviter expendo: hujuſmodi acceptilatio ideò fuit inutilis, quia fuit ſub alternatione concepta, ſub quâ non magis imaginaria, quàm vera ſolutio poteſt fieri, ut explicat Julius Pacius in *d. l.* 27. §. 6. *hoc tit.* ac per conſequens in vim taciti pacti de non petendo debuit ſubſiſtere ex his, quæ dixi 1. *cap ex num.* 2. & tamen tacitum pactum de alterutrâ re non petendâ non extinguit alternativam 6

obligationem , ergo multò minus pactum de unâ re non petendâ in totum alternativam obligationem diſſolvit. Verùm reſpondeo quod etſi Florentinam lectionem ſequamur, acceptatio non proponitur ſub alternatione concepta, alioquin in vim taciti pacti liberatorii ſubſiſteret, quod ſubalternatione concipi nil prohibet, & decedente ſticho, exiſtente poſteà conditione in decem ope exceptionis obligationem extingueret. imò ſimpliciter fuit interpoſita, quod enim ibi dicitur, ſtipulatorem ſtichum, aut decem accepto feciſſe, non ſic eſt accipiendum, quaſi ſtipulator hæc duo disjunctim, ſed quaſi unum ex his, vel ex eis ſimpliciter accepto fecerit, ut cum judicio interpretatur Dionyſius Gothofredus *ad pandect*, & quod poſtea ſubjicitur, ſi pendente conditione, ſtichus deceſſerit, decem accepta in obligatione manere, tunc ſolùm procedit, cum ſtichus acceptolatus eſt, quo caſu cum ſtichus, qui pendente conditione deceſſit, etiam poſt exiſtentiam ejus numquam debitus dici poſſet, *l. neceſſario §. circa finem princ p. de periculo, & commodo rei vendita*, obligatio, quæ in eo nunquam conſiſtit tolli per acceptilationem non potuit ex vulgari regula textus in *l. decem* 116. *de verb. oblig.* Ut vulgatam lectionem ſequentes rectè in hâc parte docent Cujacius, & Ant. Faber in *d. l.* 27. §. 6. Valentia *d. tract.* 4. *cap.* 5. *num.* 11. alioquin ſi decem acceptolata fuiſſent, quæ perire non poſſunt, étſi ſtichus exiſtentis conditionis tempore in rebus humanis eſſet, etiam in totum alternativa obligatio fuiſſet ſublata per acceptilationem.

6 Sed licèt pactum de una re non petendâ regulariter in totum alternativam obligationem diſſolvat, quia tamen ex voluntate paciſcentium vires accepit, aliquando non in totum alternativam obligationem extinguere, ſed rem ſolùm, ſuper quâ fuit interpoſitum, ab obligatione eximere ſolet, veluti ſi cum aliquis ſtichum, aut decem fuiſſet ſtipulatus, & inter eum, & promiſſorem conveniſſet, ne decem, ſed ſtichus præſtaretur, poterit efficaciter ſtichum petere, quin per exceptionem ſubmoveatur *d. l.* 17. §. *ult. ſed ſi id actum hoc tit.* & pactum ſubſiſtit, ſivè ſtipulantis, ſivè promiſſionis ſit electio, ſi ſtipulantis, quia hoc ipſo electionem, quam anteà habebat, amiſit, quod utile eſt debitori, non ſolùm quia melior ejus redditur conditio, *l.* 8. §. *ſi quis ſtichum* 8. *l. ſi quis* 34. *verſ. quid ergo de fidejuſſor.* ſed etiam quia ſtipulator per verba futuri temporis tractum ſucceſſivum, executivumque habentia ſibi electionem reſervaſſet etiam id ſemel elegiſſet, uſque ad litis conteſtationem variandi facultatem haberet *l. ſi quis ſtipulas* 112. *de verb. obſerv.* ubi Donellus, & Giphanius, Cujacius *lib.* 9. *quæſt.* Papin. *in l. ſi is qui* 66. *de procurator.* Chelius *d. lib.* 1. *interpret. cap.* 5. *num.* 84. poſt pactum autem variari non poteſt, ſed ſtichum præciſè debet petere, & ſi decem petat, pacti exceptione repellitur, ſi verò promiſſoris ſit electio, utile eſt pactum tam promiſſori, quatenus meliorem ſuam conditionem efficit *d. l.* 8. §. 8. *d. l.* 34. *de fidejuſſor*, quàm ſtipulanti quatenus promiſſor, qui ſi electionem baberet propter ſimpliciter conceptam alternativam ſtipulationem aut eam ſibi per verba futuri temporis excepiſſet, poſſet uſque ad ſolutionem variare. *l. qui eſt pluribus* 106. *l. cum qui* 38. §. 1. *ſic intelligendo de verb. oblig.* poſt pactum variare non poſſet, ſed ſtichum præcisè præſtare compellitur, ſimiliter & pactum ſubſiſtit, ſi poſt alternativam obligationem contractam convenerit, ne ſtichus, ſed decem præſtentur ex *d. l.* 27. §. 6. *in fine*; quod ſemper debitori nocere parum conſpectè affirmat Ant. Faber in ejus *rationali*, nam ſi ſtipulantis ſit electio, quamvis promiſſor non poſſit per quantitatis interitum liberari *l.* 11. *C. ſi certum petatur*, & in hoc reſpectu non meliorem conditionem acquirat, quamvis nec ullum experiatur diſcrimen, ſeù diſpendium, tamen alio ſenſu meliorem ſuam conditionem efficere dici poteſt; quatenus ſtipulator ſi quidem per verba futuri temporis electionem ſibi reſervaſſet, per pactum variandi facultatem amitteret, ſin autem promiſſoris fuerit electio, fateor pactum ſtipulanti ſolùm utile eſſe poſſe, non promiſſori, ut ex dictis facilè colligitur, nego tamen inutile ideò eſſe, cum ſtichum eximat ab obligatione, & replicationem pariat ſtipulatori, per quem exceptionem reſolvat, ſi forſan promiſſor plus cauſa ſtipulatorem petere excipiat, nec ſit de eſſentiâ pacti liberatorii, ut utilitatem afferat debitori, ſed ut ope exceptionis obligationem vel extinguat, vel minuat, ex quibus, omiſſo Julio Pacio in *d. l.* 27. *n.* 6. facilè intelligitur text. in *l. ſi emptio* 4. *de reſcind. vendit.* ubi, ſi poſt alternativam obligationem contractam intere mptorem, & venditorem convenerit, ne alterutrius rei emptio maneat, reſolvitur obligatio hujus rei nomine dumtaxat, ſic etenim poſitum pactum in totum proculdubio emptionem reſolvet, ſed ne alicujus ex duabus rebus venditis emptio maneat, ut explicat cum judicio Anton. Faber in *rationali*, cujus doctrina mirificè confirmat interpretationem textus in *d. l.* 13. §. 6. *de acceptilation. anteriori num.* traditam, ejus rei nomine dum taxat, quæ in conventione fuit deducta, emptionem reſolvi idem Paulus aſſeverat ob paciſcentium voluntatem, qui hoc ipſo, quod unius dumtaxat rei emptionem non manere voluerunt, alterius rei venditionem apertè confirmarunt.

Hæc in alternativâ obligatione procedunt, 7
circa genericam veriſſima eſt ſententia Cujacii, & aliorum, quos *num.* 4. retulimus, aſſerentium; quod pactum de unâ aliquâ re non petendâ, ſi quidem electio ſit debitoris, extinguit, ſi verò creditoris, minuit dumtaxat obligationem, ut non obſcurè colligitur ex *d. l.* 27. §. *ſi generaliter* 7. *hoc tit.* ut ait Paulus, quod ſi is, cui homo generaliter debetur, de ſticho non petendo paciſcatur, ſtichum quidem petens pacti exceptione repellitur, alium autem hominem ſi petat, rectè agit, in quâ deciſione quamvis ſimpliciter homo generaliter debitus proponatur, electio tamen creditoris eſſe ſupponitur qui non aliter ſtichum, aut alium hominem determinatè poſſet petere, ſed hominem generaliter petere deberet *d.* §. 33. *verſ. præterea inſtit. de action.* & quia creditoris fuit electio, pactum de non petendo ſticho non extinguere, ſed minuere potuit obligationem; ergo ex mente Pauli ſi electio debitoris eſt, pactum de unâ re aliquâ non petendâ genericam obligationem extinguit. Differentiæ tamen rationem inter utriuſque caſum ex eo deducit Gofredus in *d. l.* 7. §. 1. *de liberat. leg. num.* 1. *cum ent. ſeqq.* quod cùm generica obligatio non copulativè ad omnes ſpecies referatur, ſed disjunctivè ad unam

de omnibus non quidem determinatè ſed vagè, & confusè, ità ut ab initio vaga ſolùm, & confuſa ſpecies debeatur, quæ per electionem, aut ſolutionem determinatur, *l. cum incertus* 13. *de leg.* 1. *l.* Mævius 66. §. *non idem* 3. *de leg.* 2. *l. ſi* Pamphilo 10. *de optione legatâ l.* 3. *qui & à quibus*, juncto Cheſio *dict. lib. interpretat. cap.* 50. *ex num.* 32. *& lib.* 2. *cap.* 8. *&* D. Retes *lib.* 2. *Opuſc. cap.* 6. *num.* 30. quoties, & quoties debitor hominis, cujus eſt electio, ne ſtichus à ſe petatur, paciſcitur, hoc ipſo ſtichum eligit, qui ſemel electus incipit determinatè videri, imò & ab initio ſolus in obligatione fuiſſe retrò creditur, *dict. l.* 13. *de leg.* 1. & quemadmodum ſpecifica obligatio per pactum de non petendo per exceptionem tolleretur, ſic & generica ad ſtichum electum determinata, & ſpecifica jam per electionem effecta per pactum de non petendo ſticho, ope exceptionis extinguitur, at ubi electio ad creditorem ſpectat, pactum de ſticho non petendo non extinguere, ſed minuere genericam obligationem dici poteſt quia nec ſtichus à debitore, cujus electio non eſſe ſupponitur, electus dici poteſt, nec magis à creditore, qui cùm non facilè pecuniam ſuam jactare velle credatur *d. l.* 25. *de probat.* non extinguendi, ſed æſtimandi obligationem pactus intelligitur, argum textus *in l. qui hominem* 11. *de adimendis leg.* quæ conjectura in debitore, qui eligendi facultatem habuerit, capi non poteſt, qui ex contrario pleniùs ſibi conſuluiſſe, & eligendi, extinguendique obligationem animo pactus judicatur, eandem differentiam in terminis præſtat Gofredus, *ubi ſuprà num.* 14. *cum duob. ſeqq. & num.* 19. ſubjungit, quod cùm acceptilatio per præcedentem interrogationem; & ſubſecutam reſponſionem perficiatur, *l.* 1. *&* 7. *de acceptilat.* uti hominis generaliter debiti electio creditori competit, ſtichus accéptilatus à creditore electus dici non poteſt, nam cùm debitoris interrogatio ad ſtichum nondùm debitum, quem eligere ipſe non potuit, referatur, creditoris reſponſio, quæ interrogationi debet eſſe conformis electorem non conſtituit, imò ad ſtichum etiam nondùm debitum refertur, alioquin ſi creditoris reſponſio debitoris interrogationi non conſentiret, inutilis eſſet acceptilatio, quod docere videtur Ulpian *in d. l.* 13. *ſi is, qui hominem* 4. *de acceptilat.* ubi ſi hominem ſtipulatus, ſtichum accepto tulerit, ideò tota extinguitur obligatio, quia ſolvit, quod invito ſtipulanti poteſt ſolvere, qui eligendi facultatem habuerit; ergo eam deciſivam rationem inde deſumit Ulpianus, quod ſtichum ſolvere promiſſor invito ſtipulari poteſt, ſenſitque tum demùm per acceptilationem unius ſpecifici totam genericam oblationem extingui, cum electio ad debitorem ſpectat.

8 Quæ differentiæ ratio à Gofredo ſubtiliter excogitata vera quidem eſt in terminis pacti de non petendo, & ſic ampliùs explicatur, ubi debitor hominis, cujus eſt electio, ne ſtichus à ſe petatur, paciſcitur, creditorem poſteà hominem generaliter petentem poteſt ſubmovere, excipiens ſe ſtichum jam elegiſſe, de quo non petendo convenerat, non idem dici poteſt, ſi creditoris fuerit electio, qui ſi poſt factum de non petendo ſticho, alium hominem ſpecialiter petat; nullâ exceptione repellitur, quia cùm generica obligatio nullam ſpeciem determinatè ante electionem comprehendat, pactum de unâ re, & aliquâ ſpecie non petendâ, quod electionem non inducit, nec afficit totam obligationem, nec ad aliam ſpeciem extenditur; unius autem ſpeciei acceptilatio, quidquid dicat Goffredus & Cujacius indiſtinctè, ſivè debitoris, ſivè creditoris ſit electio, totam genericam obligationem extinguit, ut tenet Valentia *ubi ſupra num.* 10. quia ſicuti per veram ſolutionem unius ſpeciei generica diſſolvitur obligatio, ſic & per acceptilationem, quæ imaginaria ſolutio eſt; nec obſtat Goffredi conſideratio, nam etſi electio ſit creditoris, debitoris interrogatio ſit quidem de ſticho nondùm determinatè debito, in id tamen tempus referatur, quo ſtichus per electionem creditoris incipiat determinatè deberi, & cùm reſponſio interrogationi conſentiat, acceptilatio totam genericam obligationem diſſolvit Nec Goffredum magis juvat text. in *d. l.* 13. §. 4. *de acceptilat.* ubi quia ſimpliciter generica ſtipulatio fuit concepta, & electio ad debitorem pertinuit, Ulpianus ut doceret ſpeciei acceptilationem in totum genericam obligationem tollere, tanquam à minori ad majus ſic arguit, per ſolutionem ſpeciei etiam invito creditori factam generica obligatio prorsùs extinguitur, ergo per ſpeciei acceptilationem, quæ etiam creditoris conſenſum præſefert, fortiori ratione generica obligatio in totum debet extingui; ex hujuſmodi autem Ulpiani diſcurſu non deducitur, quòd ſi electio ad creditorem ſpectet, ſpeciei acceptilatio non in totum genericam obligationem diſſolvat, imò contrarium fertur per argumentum non quidem à minori ad majus, ſed ab identitate rationis in hunc modum, ubi electionem retinens eſt, conſentienti creditori, ſpeciei facta ſolutio totam genericam obligationem extinguit, quod in eiſdem terminis ſpeciei acceptilatio in totum genericam obligationem diſſolvit.

Verùm his, quæ diximus ex *d. l.* 28. §. 1. 9
hoc tit. opponi videtur textus in *l. homine* 18. *de optione leg.* ubi homine generaliter legato Pamphili repudiatio adeò inutilis eſſe dicitur, ut nec extinguat legatum, nec minuat, imò ipſe adhuc Pamphilus poſſit eligi, ergò ſimiliter pactum de unâ aliquâ ſpecie non petendâ nec diſſolvere, nec extenuare poteſt genericam obligationem, cui difficultati ex mente Cujacii, Julii Pacii, & Antonii Fabri in *d.* §. 7. quos ſequitur D. Larreategui *lib.* 5. *ſelectar. cap.* 2. *num.* 1. *cum ſequenti*; Reſpondeo, quòd licèt pactum de unâ aliquâ ſpecie non petendâ genericam obligationem aut extinguat, aut minuat ex ratione præſtitâ *num.* 7. unius tamen ſpeciei repudiatio genericum legatum nec diſſolvit, nec extenuat, ſivè hæredis ſit electio, veluti ſi per damnationem legatum ſit, juxta receptam in ſcholâ noſtrâ diſtinctionem, quam defendunt Cujacius *ad pandect. in l. legato* 37. *de legatis* 1. *& ad Africanum in l. ſi ſervus* 108. §. *cum homo* 2. *eod. tit.* Berillus *in* 50. *deciſiones Juſtiniani in l.* 4. *cod. de verb. ſignif. num.* 17. *& lib.* 4. *obſerv. cap.* 10. Oſualdus *ad Donell. lib.* 8. *commentar. cap.* 19. *litt. C.* cum id dumtaxat poſſit repudiari, quod cum effectu debetur, & poteſt agnoſci, *l. ſi ita* 45. 1. *de legatis* 2. junct. *l. ſi is. poteſt* 18. *de acquirendâ hæredit.* & ex causâ generici legati nulla ſpecies electione determinatè debeatur, ſi quidem electio ſit hæredis, conſtat, quod ante electionem legatarius ſpeciem, quæ nec determinatè debetur, nec magis poteſt

agnoſci, nonniſi fruſtrà repudiat, cum repudiatio nec hæredis, cujus nullum factum interſit, electionem præſupponat. nec magis legatarii, qui cum hærede pactus non fuit, ab ejuſdem ſpeciei ab hærede poſteà electæ perſecutione ſubmoveat; ſimiliter ſi legatarii ſit electio, ſpeciei repudiatio eſt inutilis, ſivè etenim ſemel elegerit legatarius, electam jam ſpeciem repudiare non poteſt, ſivè nondùm elegerit ſpeciem nondùm legati determinatè, tamen inutiliter repudiat, argum. textus in *l.* 1. *ergo decretal.* 7. de ſucceſſorio edicto, præcipuè cum repudiatio electionem, cui omnimodè contrarietur, præſupponere non poſſit, & legatarius eandem ſpeciem rectè petit, niſi vel ab hærede ſemel electam ſpeciem, vel genericum legatum repudiaverit.

10 Ex eadem, quam explicuimus, regulâ dubitandi rationem ſumit Paulus in triplici ſpecie, quam exagitant in *d. l.* 27. §. *item ſi pactus* 8. *hoc tit.* prima hæc eſt. Pactus quis fuit, ne hæreditatem peteret, quæritur, an ſingulas res hæreditarias quaſi hæres petens pacti exceptione repellatur, & cum hæreditas à ſingulis rebus hæreditariis longè diſtet; *l. hæreditas* 50. *de petitione hæredit.* §. *incorporales* 2. *inſt. de reb. corpor. & incorpor.* dicendum videbatur pactum de non petendâ hæreditate ad res ſingulas hæreditarias non pertinere, juxta ſuperiorem regulam, quæ habet pactum ad rem in conventione comprehenſam reſtringi, nec ad rem aliam extendi oportere, contrarium tamen Paulus reſpondit, quia licèt hæreditas differat à rebus hæreditariis, qui hæreditatem ſe non petiturum paciſcitur, vi ipſâ de ſingulis rebus hæreditariis, in quibus tota hæreditatis utilitas conſiſtit, non petendis pactus cenſetur, & ubi res ſingulas hæreditarias tanquam hæres petit, ipſam hæreditatem petere intelligitur, cùm non aliter res hæreditarias tanquam hæres petere poſſit, quàm ſi revera hæres ſit, & quia contra pactum venit, pacti exceptione ſubmovetur, quapropter ſi non tanquam hæres, ſed ex aliâ causâ, veluti emptionis, aut donationis ſingulas res hæreditarias petierit, cùm non ideò hæreditatem petere credatur, ſubmoveri per exceptionem non poterit, ut advertunt Cujacius *lib.* 3. *Pauli ad edictum in d. l.* 25. §. 8. *hoc tit.* & Anton. Faber in ejus textus *rationali*, ſed opponi videntur textus in *l.* 3. & in *l. ſi quis* 7. §. *& generaliter* 4. *cum ſequenti de exceptione rei judicatæ*, ubi pro regulâ traditur rei judicatæ exceptionem obſtare, quoties inter eaſdem perſonas eadem quæſtio revocatur, quamvis alio genere judicii, & exemplum ſubjicitur, veluti ſi hæreditate petitâ, ſingulæ res petantur non eodem, ſed alio judicio, non tamen inde colligitur, quod ſi is, qui eam hæreditatem peteret, victus in judicio fuit, res ſingulas poſteà non eodem, ſed alio judicio, etſi non tanquam hæres, ſed ex aliâ causâ petierit, rei judicatæ exceptione ſubmovetur; tunc ſic, rei judicatæ exceptio ad inſtar exceptionis conventi pacti nec identitatem deſiderat, *l. cum quæritur* 12. *cum ſequenti eod. tit.* Donell. *lib.* 22. *commentar. cap.* 5. tamen ei, qui in judicio petitionis hæreditatis ſuccubuerit, & poſteà non tanquam hæres, ſed ex aliâ causâ res ſingulas hæreditarias petit, rei judicatæ exceptio opponitur; ergò idem de pacti conventi exceptione dicendum eſt; verùm facilè reſpondeo, quod dicitur rei judicatæ exceptionem obſtare, quoties inter eaſdem perſonas eadem cauſa, quamvis diverſo genere judicii revocatur, ita accipiendum eſſe, ſi eadem petendi cauſa ſit, *l.* 5. & *l.* 14. *de except. rei judicatæ*, alioquin ſi diverſa ſit cauſa petendi, ex eo quod inter eaſdem perſonas diverſo genere judicii eadem quæſtio revocatur, exceptionem non nocere compertum eſt, ut eleganter probant textus in *l.* 14. §. *actiones* 2. juncto ibi Cujacio *lib.* 70. *Pauli ad edictum l. cum de hoc* 27. *eod. tit.* Ex quâ doctrinâ facilè explicantur textus in *l.* 3. *& in d. l.* 7. §. 4. *cum ſequenti*; in quibus quod aſſeritur, quod ſi hæreditate petitâ, ſingulæ res diverſo genere judicii poſteà petantur, obſtat exceptio rei judicatæ, ita procedit, ſi in judicio petitionis hæreditatis victus poſteà in rem actione ſpeciali ſingulas res vindicare cœperit, earum dominium hæreditario jure judicio petitionis ſe acquiſiiſſe contendens, quo caſu licet diverſum ſit particulare rei vendicationis judicium ab univerſali petitionis hæreditatis, quia tamen eadem eſt cauſa petendi, id eſt quia utrumque judicium in ſucceſſionis jure fundatur, rei judicatæ exceptioni locus eſt, aliud procul dubiò procederet, ſi victus in judicio petitionis hæreditatis ſingulas res poſteà non ex hæreditariâ, ſed ex aliâ causâ vindicet, cui exceptio rei judicatæ non noceret, à quâ in propoſito pacti conjuncti exceptionem non differre ex dictis apparet ſatis.

Secunda pars à Paulo in *d. l.* 27. §. 8. *hoc tit.* 11
propoſita ſic ſe habet; fuit quis pactus de fundo non petendo, quæritur, an ejuſdem fundi uſumfructum poſteà petens per pacti exceptionem ſubmoveatur; & reſpondetur pacti exceptionem locum habere, quod ſic intelligendum exiſtimo, ſi is, qui ne fundum peteret, pactus eſt, ex eadem causâ uſumfructum petat, ex quâ fundum ante pactum petere poterat, per exceptionem repellitur, quia ſimilis eſt ei, qui de toto non petendo pactus ejuſdem totius partem poſteà petit, cum uſusfructus ut pote omne rei emolumentum continens pars ſit fundi, *l.* 4. *de uſufr. l. cum filius* 26. §. *Dominus* 2. *de legat.* 2. *l. qui uſumfr,* 58. *de verb. oblig. l. ſi à reo* 70. §. *ſi reo* 2. *de fidejuſſor.* pro quorum jurium concordiâ cum *l.* Mævius 66. §. *fundo* 6. *de legat.* 2. *& dict. l.* 13. §. 2. *de acceptilat.* Conſulendus Galvanus *de uſufr. cap.* 2. *ex num.* 6. alioquin ſi non ex eadem, ſed ex diversâ causâ uſumfructum petat, per exceptionem non ſubmovetur, veluti ſi cum fundum ſe non petiturum pactus eſſet, uſumfructum poſteà tanquam perſonalem ſervitutem peteret, quam diſtinctionem præter antecedens Pauli exemplum mihi probat text. in *l. ſi cum argentum* 21. §. *ſi fundum* 3. *de exceptione rei judicatæ*; ubi rei judicatæ exceptio, quæ etiam obſtat partem poſteà petenti totius, quod ante petierat, *d. l.* 7. *in princip. eod. tit.* in fundi petitione victo, uſumfructum poſteà petenti ità demùm nocere dicitur, ſi ex eadem causà, ex quâ fundus fuerat petitus, non ſi ex diversâ uſusfructus poſteà petatur, unde infero falſum eſſe Julium Pacium in *d. l.* 27. §. 6. *hoc tit.* dum Papiniani reſponſo abutens, in *d. l.* 66. *de legat.* 2. diſcrimen conſtituit inter uſumfructum, & viam, iter, aut actum, ita ut de fundo non petendo pactus uſumfructum tanquam fundi partem non rectè petat, iter autem, actum, aut viam petere poſſit, quia partes fundi non ſunt; verius namque meo ju-

dicio eſt in præſenti inter uſumfructum, & iter, actum, aut viam nihil intereſſe, ſed illud dumtaxat expectandum, an ex eâdem, vel diverſâ cauſâ naſcatur poſterioris petitionis origo, ità ut ſi de fundo non petendo pactus ex eâdem cauſâ, ex quâ fundum petere poterat, poſteà ſivè uſumfructum, ſivè per eundem fundum, iter, actum, aut viam petere ceperit, pacti exceptione repellatur; ſi verò ex diverſâ cauſâ in ratione ſervitutis perſonalis, aut prædialis, eorum quidpiam petierit, ſubmoveri per pacti exceptionem non debeat, quod idem in rei judicatæ exceptione procedit, cui non obſtat textus in *l. fundum 16. de except.* cujus diverſa ſententia eſt, quam ibi explicat Cujacius *ad Africanum.* Nec aliud in fundi debiti acceptatione ſervatur, quæ etiam reſpectu uſusfructus ipſo jure obligationem extinguit, ut advertit Cujac. *lib. 3. Fauli ad edictum in d. l. 27. §. 8.* maturiùs quàm *lib. 2. ejuſdem Pauli ad edictum in dict. l. 4. de uſufructu.*

12 Tertia denique, & difficilior ſpecies apud Paulum in *d. l. 27. §. 8. hoc tit.* ſic proponitur, pactus quis fuit, ne navem aut ædificium peteret, his poſtmodum diſſolutis, ſingulas tabulas, aut ſingula ligna petebat, quærebatur, an rectè peteret? Dubitandi ratio exoriebatur, quòd ſicut tabulæ, aut ligna, ſi quidem quatenus navi aut ædificio cohærent, conſiderentur, integrales navis, aut ædificii partes ſint, ſi tamen realiter, aut intellectualiter ſeparentur, navis, aut ædificii partes dici non poſſunt. *l. nave 36. de evictiou l. cum quo ædes 23. de uſucapion. d. l. 13. §. 2. de acceptilat*, junctis quæ dixi in *Academicis de uſucapion. cap. 4. num. 4. cum ſequenti*; ergo pactus, ne navem, aut ædificium peteret, his diſſolutis, tabulas, aut ligna rectè petit, quin pacti timeat exceptionem, cùm rem diverſam in pacto non comprehenſam petat, ad quam extendi pactum non poteſt; hoc ipſum acriter probare videtur rei judicatæ exceptionis exemplum, nam ſi in ædificii petitione victus, eo poſteà diruto, ſingula ligna petierit, in eâ conditione eſt, ut aliud petere videatur, nec per rei judicatæ exceptionem ſubmoveatur *dict. l. 7. §. ſed in cæmentis 2. de except. rei judicatæ*; pro cujus conciliatione cum eâdem *l. 7. in princ. verſ. item ſi quis* quamvis probabilis ſit ſolutio Donelli *d. lib. 22. cap. 5.* quoad ædificum, quod confirmari poterit. ex §. 1. *in fine ejuſdem leg. 7.* omiſſo Oſuald *ibidem litt.* I. qui Donelli ſolutionem rejicit, nec tamen aliam aſſignat, rectius Socinus, & Zaſius in *eod. textu prædicto verſ. item ſi quis*, accipiunt, qui in ædificii petitione victus ligna adhuc ædificio injuncta poſtea petit, cui tanquam ejuſdem rei, quam primùm petierit, integralem partem petenti rei judicatæ nocet exceptio, ergo ſimiliter ei, qui ne navem, aut ædificium peteret, pactus fuerat pacti exceptio nocere non debet. His tamen dubitandi rationibus inſuper habitis, reſpondet Paulus pactum, ne navem, aut ædificium peteret, hiſpoſteà diſſolutis, tabulas, aut ligna petentem per pacti exceptionem repelli, cujus deciſionis ratio, omiſſo Cujacio *ad pandect.*, & Paulo *ad edictum* in *d. §. 8.* ex eo proveniret, quiſquis de ædificio non petendo paciſcitur, hoc ipſo de lignis etiam ſeparatis non petendis pactus intelligitur, & ſic ſivè ædificium petat, ſivè ſeparata ligna, quæ jam ædificii partes non ſunt, pacti exceptione ſubmovetur, dummodò ex eâdem cauſâ ſeparata ligna petere poſſit, ex quâ ædificium, dum conſtabat, petere poſſet; ut ecce, ſi ædificii dominus, ligni quamvis ſeparati dominus ſit, & conſtanti ædificio de eo non petendo paciſcatur, ut etiam de lignis ſeparatis non petendis pactus dicatur, quia cum idem jus ad ligna, quod ad ædificium habuerit, omne illud per pactum remittit, niſi aliud ſpecialiter actum ſit, quæ limitatio ad duplicem antecedentis ſpeciem referenda etiam eſt, quinimò nec alio caſu advertit Ant. Faber in *rationali* ad textum in *d. l. 27. §. hoc tit.* Aliud etiam exemplum occurrit, veluti ſi is, qui ædificium domus emiſſet, de eo non petendo pactus ſit, qui cùm ex eâdem emptionis cauſâ ſeparata ligna poſſet, argum. textus in *d. l. 23. §. 1. de uſucap.* de eis ſimiliter non petendis pactus intelligitur, nec contrarium in rei judicatæ exceptione procedit, quæ ideò in *d. l. 7. §. 2. de except. rei judic.* non nocet ei, qui in ædificii petitione victus, ſeparata ligna poſteà petit, quia ponendus eſt cum lignis dominum eſſe, ædificii autem dominum non fuiſſe, juxta terminos textus in *l. 23. §. ult. de rei vindicat. cum §. cum in ſuo 29. init. de rer. divis.* alioquin ſi ædificii, & lignorum ſeparatorum dominus eſſet, in ædificii petitione etiam ligna in caſu ſeparationis comprehendere diceretur, & ſemel victus ex eâdem cauſâ dirupto ædificio ligna petens per rei judicatæ exceptionem repelletur, ſi ſuperior Socini, & Zarii interpretatio alicui diſplicuerit.

Succedit jam circa ſecundam noſtri capitis 13
partem altera ejuſdem Pauli regula in *l. per quos 59. hoc tit.* ſcilicet quod per eos poteſt pacti exceptio acquiri, per quos nobis ſtipulatione poteſt acquiri, ut ecce filiifamilias, & ſervi, qui ſtipulantes actionem parentibus, aut dominis acquirunt *l. 38. §. hi, qui 6. de verb. oblig.* paciſcentes etiam exceptione acquirunt, quamvis deteriorem parentum, aut dominorum conditionem non magis per pactum quàm per promiſſionem poſſint efficere, ut dixi *cap. 2. n. 2. & 3.* hinc ſervus, aut liber homo bonâ fide poſſeſſi, aut ſervus fuctuarius, qui ex re bonæ fidei promiſſoris, aut fructuarii, vel ex operis ſuis, dominium, aut obligationem bonæ fidei poſſeſſori, aut fructuario acquirunt *l. 10. §. de his 3. cum ſequenti de acquiren. rerum dominio §. 1. & 2. inſt. per quas perſonas obligatio nobis acquiratur*, ſi, ne à bonæ fidei poſſeſſore, aut uſufructuario petatur, paciſcantur, eis pacti exceptionem acquirunt. *l. acquirent 19. in princ. verſ. idem eſt l. ſi debitor 55. hoc tit. l. ſed ſicut 23. de uſufr.* argum. textus in *l. ſpecies 11. de acceptilat.* non quia ex operis ſuis acquirunt, quaſi pactum ſit in opera ſervili, ut dicebat Ant. Faber in *rationali* ad text. in *d. l. 55. hoc tit.* nam pactus ſervilis opera dici non poteſt, argumen. textus in *l. aditio 45. de acquirend. hæredit.* juncto Vinnio in *d. §. 4. inſt. per quas perſonas nobis acquiratur num.* 1. ſed quia ex re bonæ fidei poſſeſſoris, aut fructuarii acquirere intelliguntur, quia, ut docet Cujacius *lib. 35.* digeſtorum *Juliani in d. l. 55. hoc. tit.* liberatio eſt de re ad eos pertinenti, obligatione ſcilicet, à quâ proprietarius ut pote non obligatus liberari non poteſt. Ex eadem ratione in pacti replicatione hoc ipſum obſervatur *dict. l. 55.* junctis quæ dixi

pro expoſitione textus in *d. l.* 27. §. 2. *hoc tit.* dixi *anteced. cap. n.* 7. ex quibus intelligo textum in *l. ſi debitor.* 63. *de ſolution.* ubi ſi debitor ſit ſervi fructarius, poteſt à ſervo per acceptilationem liberari, quia ex re ejus acquiſitio procedere videtur, & idem in pacto dicendum eſſe concluditur, quæ quidem deciſio accipi non poteſt de mixtâ obligatione fructuarii proprietarii ſervo acquiſitâ, tum quia tam naturali, quàm civili obligatione proprietario quæſita ex traditis à D. Larreaſeg. *lib.* 1. *ſelectar. cap.* 7. nullo ſenſu ſervi debitor fructuarius eſſe poſſet, tum quia proprietario ſemel quæſitam obligationem, nec ejus juſſu ſervus poſſet per accepilationem extinguere, ex regulâ textus in *l. ſervus* 22. *de acceptilat.* accipienda ergo neceſſariò eſt de naturali dumtaxat obligatione, quæ cum domino per ſervum non acquiratur in veriori ſententiâ, quam eleganter fundat D. Larreaſegui *dict. lib. ſelectar. cap.* 6. cum ſequenti, cui adjici poteſt novum, & inevitabile fundamentum ex noſtrâ *l.* 63. *de ſolution.* poteſt à ſervo per acceptilationem extingui, aut per pactum in rem ſcilicèt conceptum, quod adinſtar acceptilationis ipſo jure naturalem obligationem diſſolvit, *ut cap.* 2. *num.* 4. fundavi, & in hoc ſenſu dicit Paulus in *d. l.* 63. idem in pacto, & acceptilatione dicendum, quatenus una, eademque eſt vis pacti liberatorii, & acceptilationis, quoties de extinguendâ naturali dumtaxat obligatione tractatur.

14 E contrario autem extraneus, qui nec alterum obligare, nec obligationem poteſt etiam acquirere ex *d. l.* 38. §. 1. *&* §. *alteri* 17. *de verb. obl. cum vulgatis*, paciſcendo alteri, nec nocere nec prodeſſe poteſt, pactum etenim de perſonâ ad perſonam, non magis, quàm de re ad rem poteſt, vel debet extendi, *d. l.* 27. §. 4. *verſ. ante omnia hoc tit. l. quo tutela* 23. §. *ult. de reg. jur.* ut pote unus ex hæredibus paciſcendo cohæredibus nec prodeſt, nec nocet *l.* 7. §. *adeò* 6. *verſ. quoniam hoc tit. l. ult. C. inter alios acta, vel judicata alii non nocent.* Similiter pactum ejus, qui alienam hæreditatem poſſidet, vero hæredi hæreditatem evincenti nec prodeſt, nec nocet *l. ſi tibi* 17. §. *cum poſſeſſor* 6. *hoc tit. l.* 3. §. *ult. de tranſact. l. ſi actionem* 24. juncto ibi Cujacio *C. hoc tit.* ſed opponitur textus in *l. ſi poſt conſtitutam* 22. *verſic. idem eſt de conſtitutà pecuniâ*, ubi ſi hæreditarius debitor hæreditatis poſſeſſori ſe ſoluturum conſtituerit vero hæredi, qui hæreditatem poſteà evicerit, conſtitutum prodeſſe, aut conſtitutæ pecuniæ actio competere dicitur; ergo & pactum de non petendo ab hæreditatis poſſeſſore debet vero hæredi prodeſſe, pro cujus difficultatis ſolutione, omiſſis, quæ tradunt Cujacius *ad pandect. in d. l.* 17. §. 6. *hoc tit.* Antonius Faber in *rationali* ejuſdem textus, & ad *leg.* 22. *&* *lib.* 15. *conjectur. cap.* 5. Duarenus in paraphraſi ad *titulum de conſtitutâ pecuniâ*, dominus Olea de *ceſſione jur. & act. tit.* 4. *in miſcellan. num.* 18. *cum ſequenti.* Cum quæritur, utrum conſtitutum factum poſſeſſori hæreditatis, ſubſiſtat & an conſtitutæ pecuniæ actio ex causâ vero hæredi hæreditatem competere poſſit, multùm intereſſe exiſtimo, an debitor hæreditarius poſſeſſorem hæreditatis, cui ſe ſoluturum conſtituit, hæredem non eſſe ſciverit, ita ut ſi eum tandem non eſſe ſciens, ei ſe ſoluturum conſtituerit, conſtitutum quidem ſubſiſtat, cum ei etiam, qui creditor non eſt, quod alius debet, rectè conſtituatur *l.* 5. §. *quod exigimus* 2. *de conſtitutà pecuniâ*, vero autem hæredi hæreditatem poſteà evincenti prodeſſe non poſſit, ſi verò eum hæredem exiſtimaverit, cujus voluntas debeat expectari, quaſi affectione perſonæ motus poſſeſſori hæreditatis ſe ſoluturum conſtituerit, inutiliter conſtituiſſe dicendus erit: textus *in l. ult. eod. tit.* juncto Ant. Fabro in *rationali ad textum in d. l.* 22. ſin autem propter affectionem defuncti, ut uberiorem ejus hæreditatem redderet, hæreditatis poſſeſſori, quem hæredem credebat, ſe ſoluturum conſtituerit, conſtitutæ pecuniæ actio hæreditati ſtatim acquiretur, & in verum hæredem hæreditatem evincentem poſteà transferetur, textus ſic ex meâ ſententiâ intelligendus in *d. l.* 22. quia hæreditatis poſſeſſor, ſicuti poteſt dominium ei acquirere, ejuſque utilitatem augere *l. item veniunt* 20. *in princ. &* §. 1. *de petitione hæreditatis*; ſic & conſtitutæ pecuniæ actionem hæreditati parere, ex regulâ text. *in l. & ſi libera* 15. *de conſtitutâ pecunia*; ex quibus infero, quod licèt pactum poſſeſſoris hæreditatis vero hæredi nocere, numquam poſſit prodeſſe, tamen aliquando poterit, ſcilicet ſi hæreditarius creditor defuncti affectione permotus, ut hæreditatem exoneraret ſe à poſſeſſore, quem hæredem falsò exiſtimabat, non petiturum paciſcatur, quo caſu pacti exceptio hæreditati quæritur, & in verum hæredem transfunditur, & hanc limitationem patitur generalitas textus in *l.* 17. §. 6. *hoc tit.* quam probo & textus in *d. l.* 3. §. *ult. de tranſact.* ubi cum eo, quem ſe legitimum hæredem eſſe jactabat, celebrata tranſactio ideò vero hæredi prodeſſe non dicitur, quia ejus negotium poſſeſſor non geſſit, ergo ſi ejus negotium geſſiſſet, tranſactio vero hæredi prodeſſet; ut ad rem cum judicio expendit Valeron *de tranſact. tit.* 4. *quæſt.* 6. *num.* 34. *&* 54. cum quo præſentem difficultatem latè per integram quæſtionem tractanti, in hoc dumtaxat conſentio, atqui ſi hæreditarius debitor propter affectionem defuncti de non petendo paciſcatur, ejus negotium hæreditatis poſſeſſor gerere negari non poteſt, ergo pacti exceptionem acquirit hæreditati, quæ poſteà in verum hæredem convinctione ſecutâ transfunditur.

Sed licèt pactum liberatotium extraneis nec nocere poſſit, nec prodeſſe, hæredibus tamen qui unam, eandemque perſonam cum defuncto juris fictione conſtituunt, dummodò in rem conceptum ſit, prodeſt, aut nocet, ſecus ſi in perſonam, *d. l.* 17. *ſi quæ cum ſequenti*, junctis quæ dixi *cap.* 1. *num.* 18. *l. idem* 25. §. 1. *l. tale pactum* 40. *in princ. &* §. *ult. hoc tit. l. ob res* 20. §. *ult. de pactis dotalibus*, *l.* 2. §. 1. argum. textus *in l.* 8. §. *tale.* 3. *cum ſequenti l. ſi quod tr. l. nuncio* 20. *in princ. de liberat. leg.* cui principio adverſari videntur textus in *d. l.* 19. §. 1. *cum duabus legib. ſeqq. hoc tit.* in quibus ſi filiusfamilias, ne à ſe petatur, in perſonam pactus ſit, patri ſi de peculio de in rem verſo tanquam filii defenſor conveniatur, & hæredi patris vivo filio pactum prodeſſe dicitur tex. in *d. l.* 21. §. 1 *h. t.* ubi ſi ſervus ne à ſe petatur in perſonam paciſcatur, quamvis pactum in ejus perſonâ ſit inutile ex dictis *c.* 2 *n.* 4 doli tamen exceptio domino competit, ergo ſimiliter pactum in perſonam conceptum hæredibus debet prodeſſe, rectè tamen Cujacius *lib.* 3. *Pauli ad edictum*, & Faber in cotum jurium 15

rationalibus reſpondent, quod pactum liberatorium tametſi perſonale, quemadmodum vivente debitore procuratori, aut defenſori competit qui ejus nomine convenitur, ejuſque vicem ſuſtinet, argum. text. in *l. 51. minor §. 1. de procurator l. ſi cum procuratore 23. junct. l. ſciendum 25. de re jud. cum ſimilibus* ſic à filiofamilias in perſonam conceptum patri, ſivè voluntariè tanquam defenſor in ſolidum judicium ſuſcipiat, ſivè de peculio, aut in rem verſo actionem invitus patitur, quia filii nomine, & ex ejus contractu convenitur, & hæredi patris, qui ſimiliter intra annum de peculio convenitur *l. 1. §. aliena 4. in fine*, quando de peculio actio annalis eſt, dum filius vixerit, debet prodeſſe, per ejus autem obitum exceptio extinguitur, nec patri etſi de peculio conveniatur, amplius competit, ſi verò pater actione, quod juſſu conveniatur, exceptio ei non competit, argumen. textus *in l. verum 63. §. patri 2. pro ſocio*; & quamvis pactum in perſonam à ſervo conceptum tanquam in ejus perſonâ inutile ſummo jure domino prodeſſe non debet, ex æquitate doli exceptionem producit, per quam dominus, qui ex contractu ſervi convenitur, quamdiu is vixerit, adverſus creditorem defenditur. His tamen non leviter obſiſtit textus in *l. ſi quis reum 5. §. ſed ſi damnatus 3. de liberat. legatâ*, ubi filius, cui liberatio relicta proponitur, regulariter per acceptilationem liberatur, ut pater etiam liberetur, niſi cui differt teſtatoris voluntas, ut filius dumtaxat, non etiam pater liberetur, tunc enim non per acceptilationem, ſed per pactum filius liberatur, ne etiam pater liberetur, tunc ſic: liberatio ad filii perſonam teſtamento relicta ad patrem non extenditur; ergo nec pactum à filiis in perſonam conceptum patri prodeſſe poterit, omiſſis Antonii Fabri calumniis, facilè reſpondetur in *d. §.* propter evidentem voluntatem teſtatoris pactum ſivè in rem, ſivè in perſonam conceptum filio dumtaxat, non etiam patri prodeſſe, & idem in ſuperioribus juribus dicendum fuiſſe, niſi eadem paciſcentium voluntas intercederet.

16 Nec univerſalibus dumtaxat; ſed & particularibus ſucceſſoribus autoris pactum prodeſſe conſtat ex *d. l. 17. §. pactum 5. hoc tit.* particulares quidem ſucceſſores ſivè onerosam, ſivè lucrativam cauſam obtineant, autoris jure utuntur *l. Pomponius 13. §. 1. & §. ſedis 11. de acquir poſſeſſ. l. ſi a te 9. §. ult. l. 11. ſi egero 9. l. exceptio 28. de except. rei judic.* & pacti etiam perſonalis exceptione adjuvantur *d. l. 17. §. 5.* vivò ſcilicet autore, ex cujus perſonâ pacti beneficio fruuntur, argum. textus in *d. l. 21. hoc tit. l. 8. §. ult. de periculo, & commodo rei venditæ*, ut docent Cujacius, Pacius, Faber in *d. §. 5.* Unde quæritur, utrum poſt factam actionis ceſſionem, pactum cedentis ceſſionario noceat, aut proſit, pro cujus difficilis quæſtionis reſolutione dicendum eſt breviter, quòd ſi ceſſio ad cedentis commodum facta ſit, & nondum intervenerit unum ex his, quæ continentur *in d. l. 3. C. de novation.* pactum cedentis, ſivè gratuitum, ſivè tranſactionis cauſâ conceptum nocet ceſſionario, ſi verò ad ceſſionarii modum, gratum cedentis pactum ceſſionario nunquam nocet, tranſactionis autem cauſâ interpoſitum ità demùm ceſſionario obſtat, ſi debitor eam ceſſionem ignoraſſet, cum cedente tranſegerit, *l. ult. de tranſact.* docent relati & utiliter proſequentes plures, quos refert Valeron de tranſact, *lib. 4. qu. 9. num 28.* & expeditiſſimè dominus Olea de ceſſione *jur. & act. §. 8. qu. 2. per totum*; ceſſionarii autem pactum nocet cedenti per doli mali exceptionem, *l. ſi cum emptore 16. hoc tit.* ubi ſi emptor hæreditatis cum debitore hæreditario de non petendo convenerit, venditor hæreditatis, ſi petat, exceptione doli repellitur, ſivè actiones mandaverit, ſivè non, cùm ex reſcripto Divi Pii emptori hæreditatis ex propriâ perſonâ actiones utiles competant, & venditor facto ſuo cauſam dederit neceſſitati pactionis cum emptore ineundæ, quam, venditione non factâ, cum alio, quàm cum vero hærede inire hæreditarii debitores non potuiſſent; Nec obſtat quod *in d. l. ſi à te §. ult. de except. rei judic.* dicitur rei judicatæ exceptionem in terminis rei hæreditariæ venditæ, ab emptore ad venditorem reverti non debere; nam præter quàm quod textus *in d. §. ult.* non in hæreditatis, ſed alicujus rei hæreditariæ venditione procedit, ut ad rem Pacius, & Faber advertunt *in d. l. 56.* ad deum caſum debet reſtringi eſt mente Cujacii *tract. 4. ad Affrican. in l. 6. de diverſis præſcription.* cui ſub ſcribit Retes *l. 3. opuſc. ad lib. ſingularem quæſtionum Scævolæ publicè tractarum ad hoc. 14. §. 2. eod. tit. num. 3.* quo res vendita ſine titulo, aut novâ cauſâ ad venditorem redierit, qui cum emptoris ſucceſſor non ſit, non poteſt ex ejus perſonâ rei judicatæ, aut pacti exceptione ſubmoveri.

Solet etiam aliquando extraneo pactum prodeſſe, ſi id ſcilicet paciſcentis interſit, ut ecce pactum rei principalis, dummodò in rem conceptum ſit, etiam prodeſt fidejuſſori, ſi id paciſcentis interſit, docet Paulus in *d. l. 21. §. ult. hoc. tit.* ſic intelligendus Goffredus in *l. 5. de liberat. leg. num. 5.* hoc autem rei principalis intereſt, cum fidejuſſor regreſſum adverſus eum eſſet habiturus, per mandati, aut negotiorum geſtorum actionem, ut idem Paulus explicat in *leg. quod dictum 32. hoc. tit.* & conſtat ex *§. ult. inſt. de replicat.* juxta quam reſtritionem intelligendi ſunt textus, qui abſolutè aſſerunt pactum rei principalis ejus fidejuſſori prodeſſe in *l. 8. §. ſi. 2. l. ſi fidejuſſor. 29. mandati l. 7. §. 1.* de exceptionibus, & quia liberationem non principali relictam fidejuſſori proficere aſſerunt, in *l. 2. l. ſi damnatus 1. de liberat. legatâ. l. ſi teſtam. 49. in princ. de fidejuſſorib.* tradit Retes in *M. S. de fidejuſſor. cap. ult. num. 6.* Alia ſanè cauſa eſt jurisjurandi, quod, ſi quidem à reo in rem fuerit interpoſitum, cum ſolutionis loco addit *l. jusjuran. 27. de jurejur.* indiſtinctè prodeſſe fidejuſſori, licèt regreſſum non habeat adverſus non principalem, textus ſic intelligendi in *l. 28. §. 1. leg. ult. in princ. & §. ult. eod. tit.* ex mente Fabri in *rationali*; Rursùs ſuperior diſtinctio in gratuito ſolùm pacto, meo judicio, ſervatur, non in eo, quod tranſactionis cauſa vicem gerat. debet indiſtinctè fidejuſſori proficere, ſaltem pro rata ejus, quod eo nomine datum eſt, textus ſic accipiendus in *l. 7. §. 1. de tranſact. tit. 2. quæſt. 8. per totum, & in l. fidejuſſores 68. §. ult. de fidejuſſoribus. His* tamen non leviter reſiſtit difficilis textus nunc noviter explicandus in *d. l. 5. in princ. de liberat. leg.* ubi reus, cui liberatio relinquitur, ſi quidem fidejuſſor regreſſum adverſus eum habiturus non ſit,

non acceptilationem, ſed per pactum reus liberatur. Nec obſtare ait Ulpianus, quod vulgò dicitur, pacti exceptionem, quæ reo principali competit, etiam fidejuſſori competere, quia cum alia ſit mens legantis, alia paciſcentis, nequaquam hoc diximus, ex quâ Ulpiani deciſione reſultat, primò ex eo quod cum Ulpianus eo caſu, quo fidejuſſor adverſùs reum regreſſum eſſet habiturus, reum non per pactum, ſed per acceptilationem ideò liberandum ſcribat, ne alioquin conjuncto fidejuſſore, reus etiam inquietetur, ſenſit non obſcurè pactum rei principalis fidejuſſori etiam adversùs eum regreſſum habituro non prodeſſe; ſecundò ex eo quod eo etiam caſu, quo fidejuſſor regreſſum non eſt habiturus, inter pactum ratione liberationis legatæ conceptum eſt illud, quod ex aliâ causâ interpoſitâ illud conſultus affirmat, quod pactum ratione legatæ liberationis conceptum fidejuſſori regreſſum non habituro non prodeſt, ex aliâ verò cauſâ interpoſitum fidejuſſori regreſſum non habituro prodeſt, ergo pactum rei principalis fidejuſſori regreſſum non habituro prodeſſe, regreſſum autem habituro non prodeſſe, quod præjactam diſtinctionem non tam invertit, quàm deſtruit.

Utramque difficultatem agnovit Antonius
18 Faber *d. l.* 17. *conjectur. cap.* 11. & priori ſubtiliſſimè reſpondet, quod ubi fidejuſſor regreſſum eſſet habiturus, non ideo reus per acceptilationem, & non per pactumliberaretur, & fidejuſſori pacti exceptio non competeret, nam imò non per pactum liberato pacti conceptio fidejuſſori regreſſum habituro competeret, ſed quia pleniſſimam liberationem à teſtatore relictam non aliter conſequitur, quàm ſi per acceptilationem liberetur, pacto etenim dumtaxat adhibito, quod imperfectam ſolùm liberationem producit, *d. l.* 14. *de acceptilat*, junctis quæ dixi *cap.* 1. *num.* 3. Uterque ipſo jure obligatus adhuc maneret, & moleſtiis opponendæ exceptionis ob noxius, & in hoc ſenſu eleganter dixit Ulpianus in *d. l.* 5. *de liberat.* liberatum reum per pactum poſſe adhùc per mediam fidejuſſoris perſonam inquietari, quam Fabri interpretationem veriſſimam illud demonſtrat, quod reus, cui liberatio relinquitur, etſi fidejuſſorem non dederit ex teſtamento poteſt agere, ut per acceptilationem liberetur *l.* 3. §. 3. *de liberat. leg.* ad hoc ſcilicet, ut pleniſſimam liberationem conſequatur, nec exceptionem opponere opus habeat, quia fortiori ratione reus, qui fidejuſſorem regreſſum habiturum dedit, debet per acceptilationem liberari, ne alioquin ſi per pactum liberetur tùm ex ſuâ, quàm fidejuſſoris perſonâ poſſet inquietari. Poſteriori difficultati, quam *lib.* 4. *conjectur. cap.* 18. nondùm cognoverat, agnovit tamen *d. l.* 17. *cap.* 11. Faber non æquè feliciter occurrit, dum ex verſiculo, *atqui non ſolvamus*, integrum contextum non Ulpiano, ſed Triboniano adſcribendum contendit. Prævidit etiam difficultatem Goffredus in *d. l.* 5. *num.* 59. quam ut diſſolvat; aſſerit Ulpianus differentiam quidem inter pactum ratione legatæ liberationis conceptum, & illud, quod non ex teſtamento, ſed ex aliâ causâ interpoſitâ, ſtatuere, differentiam tamen ſolùm verificari quoties diverſa eſt mens legantis à mente paciſcentis, ita ſcilicet, ut liberatio teſtamento relicta fidejuſſori regreſſum non habituro non proſit, pactum autem fidejuſſori regreſſum habituro debeat prodeſſe, ſed nec hujuſmodi ſolutio poteſt admitti, eâque admiſſâ, cum inter legatam liberationem, & pactum nihil interſit, verbis, non rebus differentiam appoſuit conſultus, cujus integra, veraque ſententia ab interpretibus non percepta; meo judicio, hæc eſt: dixerat initio liberationem reo principali relictam fidejuſſori regreſſum habituro prodeſſe, poſteà in verſiculo, *quid tantum* ex contrario liberationem reo principali legatam fidejuſſori regreſſum non habituro non proficere, & reum per pactum liberandum affirmat. Objicit vulgarem juris regulam, quæ habet, pacti exceptionem, quæ re competit, etiam fidejuſſori competere, & objectioni obſcurè quidem, ſed eligantiſſimè reſpondet, ſuperiorem regulam ceſſare, ubi alia eſt mens legantis, & alia paciſcentis, quibus verbis inter legatum liberationis, & pactum nullum diſcrimen conſtituit, prout falsò crediderunt interpretes, ſed præfatam regulam ſic explicat. Pacti exceptio ratione legatæ liberationis, vel alunde reo principali competens etiam fidejuſſori regreſſum habituro competit, quia ea mens eſt legantis, aut paciſcentis, ut reus liberetur, qui non aliter liberatur, quàm ſi exceptio fidejuſſori competat, ne alioquin per mediam ejus perſonam conveniatur, fidejuſſori autem regreſſum non habituro non competit, quia alia eſt mens legantis, alia paciſcentis, id eſt qui liberationem legat, aut de non petendo paciſcitur, id agit ut reum liberet, qui cùm fidejuſſoris non timeat regreſſum, per pactum omninò liberatur, & ſi pacti exceptio fidejuſſori non competat, alia igitur eſt mens legantis, alia paciſcentis, quoties fidejuſſor regreſſum eſt habiturus, alia, quoties regreſſum habiturus non eſt, utroque quidem caſu quiſquis liberationem legat, aut de non petendo paciſcitur, reum liberare intendit, ſed in priori quia meliùs reus liberatus intelligi poteſt, quàm ſi fidejuſſor liberetur, tam fidejuſſori, quàm reo proſpexiſſe cenſetur, ut utrique pacti competat exceptio, in poſteriori autem, quia reus omninò liberaretur, etiam non liberato fidejuſſore, reo dumtaxat, non etiam fidejuſſori conſuluiſſe intelligitur, & propter mentem legantis, aut paciſcentis, pacti exceptio reo principali quæſita, ejus fidejuſſori non competit.

Quod diximus pactum rei principalis fidejuſ-
ſori regreſſum non habituro non prodeſſe, ità 19
procedit, ſi non ipſo jure, ſed ope exceptionis principalem obligationem diſſolvat, at ſi ipſo jure principalem obligationem diſſolvat, in neceſſariam conſequentiam fidejuſſoriam obligationem quæ ſine principali eſſe non poteſt, ipſo jure diſſolvit, & fidejuſſorem, quamvis regreſſum non habiturum liberat, ut penè naturali dumtaxat pupilli obligatione per pactum ipſo jure ſublatâ, fidejuſſor eo nomine acceptus, qui regreſſum habere non poterat *l. Marcellus* 25. *de fidejuſſor.* ipſo jure liberatur, *d. l.* 95. §. 4. *de ſolution.* & ſimiliter mixtâ obligatione ſolo conſenſu contractâ, per ipſum poſteà ipſo jure diſſolutâ, fidejuſſor etſi regreſſum non eſſet habiturus, ipſo jure liberatur, textus ſic intelligendus in *d. l.* 95. §. *ult. de ſolut.* junctis quæ dixi præced. capite *num.* 14. tum quia fidejuſſoria obligatio tanquam acceſſoria manere non poteſt, principali ſublatâ, tum quia pactum in his caſibus ſolutionis, aut acceptilationis vicem gerit,

Digitized by Google

gerit, & expeditum eſt reo per ſolutionem, aut acceptilationem liberato fidejuſſorem etiam regreſſum non habiturum ipſo jure liberari *dict. leg. 5. de liberat. leg.* nec obſtat textus in *l. ult.* de jurejur. ubi naturali pupilli obligatione ipſo jure per jusjurandum extincta, fidejuſſor non ipſo jure, ſed per acceptilationem liberatur, nam vel cum Fabro in ejus *rationali* reſponderi poteſt fidejuſſorem ipſo quidem jure liberari, dici tamen per exceptionem liberari propter implicitam facti quæſtionem, de quâ ſcilicet rei juratæ ſit, & quâ lege jusjurandum ſit delatum argument. text. in *l. 88. de ſolution.* vel tentari forſan poſſet contra commune interpretum placitum, text. in *d. l. ult.* de mixtâ pupilli obligatione loquitur, cujus rei non leve indicium ſuppeditat, quod actio in judicium deducta ſupponitur, quæ ex cauſâ naturalis dumtaxat obligationis non naſcitur, quo etiam caſu fidejuſſor quamvis regreſſum non ſit habiturus, liberatur quidem ex dictis *num.* 17. non tamen ipſo jure, ſed per exceptionem, ex contrario autem quoties pactum ope exceptionis principalem obligationem confirmat, fidejuſſori ſolùm regreſſum habituro prodeſſe, cui acquiſita ſemel exceptio facto debitoris poſteriore, ſcilicet pacto de petendo admitti non poſſe *l. ult. hoc tit.* junctâ generali regulâ textus in *l. fidejuſſori 24. de donation. l. omnes 19. de exception. l. ſi ſtipulatus 15. princ. de fidejuſſor.* nec contrarius Paulus in *d. l. 17. §. 2. verſ. eadem ratione hoc tit.* qui quatenus docet poſterius pactum de petendo etiam fidejuſſori nocere, vel accipiendus eſt de novo pacto, cui fidejuſſoris conſenſus acceſſerit juxta Cujacium quem ſequitur noſter Pichardus in §. *ult. inſt. de replicationib. num.* 17. & 18. vel forſan ex mente Petri Coſtalis in *l. 3. §. ſi is, pro quo 3. quod quiſque juris.* de fidejuſſore poſt pactum poſterius accepto, cui cùm prius pactum de noo petendo prodeſſe nunquam potuiſſet, poſterius de petendo obſtare meritò dicitur, jungenda ſunt qoæ dixi in Academicis *de eo, quod certo loco dari oportet. cap. 4. n.* 15.

20 Perſonale rei principalis pactum fidejuſſori etiam regreſſum habituro non prodeſſe docemur in *l. niſi hoc 22. hoc. tit.* & faciunt ab argumento textûs in *l. verum 63. §. 1. pro ſocio l. etſi 24. l. 41. in fine principii de re judic. d. l. 7. 7. in princ. de except.* quod ex eo difficile redditur, quod pacti perſonalis exceptio, ſi fidejuſſori regreſſum habituro non cõpetat vi ipſâ, nec reo prodeſſe videtur, qui à fidejuſſore poterit conveniri, argum. textus in *l. adverſus 29. de recept. arbr.* Huic difficultati diverſimodè occurrunt interpretes. Gofredus in *d. l. 5. de liberat. legatâ num. 24. cum 5. ſeqq.* reſpondet pactum perſonale fidejuſſori non prodeſſe per pacti exceptionem, quod ſolùm dicitur in *d. l.* 22. prodeſſe tamen per doli mali exceptionem, quia cùm fidejuſſor non aliter ſolvere teneatur, quàm ſi actiones ſibi à creditore cedantur, ut contra Cujacium, & Fabrum fundat Cheſius *lib. 2. interpretat. cap.* 22. *per totum*, & adverſus creditorem, qui facto ſuo reum liberaverit, poſſit opponere exceptionem cedendarum actionum, quæ eadem doli mali exceptio poteſt appellari, arg. textus in *d. l. 95. §. ſi creditor 11. de ſolution.* ſimiliter creditorem, qui poſt perſonale pactum, efficacem, quam cedat actionem non habet, per doli, ſeù cedendarum actionum exceptionem poterit ſubmovere, verùm hæc Gofredi ſolutio falsò ſupponit perſonale pactum, quod dilatoriam, non peremptoriam exceptionem producit inefficacem actionem reddere, quod cum judicio agnoſcunt Cheſius *dict. cap. 22. num.* 12. nec verior eſt plurium antiquorum ſolutio, quam latè, tuetur Petrus Barboſa in *l. maritum 12. ſoluto matrim. ex num.* 83. aſſerentium pacti exceptionem perſonalem non ideò inutilem reddi, quod non competat fidejuſſori, qui à creditore conventus denunciare reo principali tenetur, ut ad ejus defenſionem veniatur, qui ex propriâ perſonâ poterit perſonalem exceptionem opponere, & quodammodo fidejuſſorem etiam defendere ex regulâ textus in *l. idemque 10. §. generaliter 12. mandati*; hujuſmodi namque opinionem pluribus, ſolidiſque rationibus Duarenus *ad tit. de re judicatâ prælect. 26. ad l. 24. eod. tit.* Donellus *lib. 17. commentar. in d. l. 24. eod. tit.* Veriſſimam itaque exiſtimo Antonii Fabri ſententiam in eleganriſſimo *rationali ad l. 22. hoc tit.* qui aſſerit propter voluntatem paciſcentium perſonalem pacti exceptionem fidejuſſori etiam regreſſum habituro non prodeſſe, nec tamen eſſe inutilem reo principali, tum quia etſi fidejuſſori ſolùm teneatur, quod is pro eo ſolverit, tardiùs ad ſolutionem urgetur, & tunc temporis commodum ſentit, quod ad pacti utilitatem ſufficere nullus ignorat, & poteſt forſan fidejuſſorem regreſſum nimis vereri tanquam amici, mitiuſque ſecum acheri, aut quia fidejuſſori ſine pignore debeat, cum tamen creditori ſub pignore deberetur, tunc etiam evenire facilè poteſt, ut fidejuſſor propriam ſibi conceptam habeat exceptionem, per quam creditorem ſubmoveret, veluti compenſationis *l. 5. de compenſat.* quo caſu integralis pacti utilitatem reus proculdubio ſentit; notandum tamen eſt fidejuſſorem in præſenti parùm prudentem actionem deſiderare, nam ſi actione ſibi à creditore ceſsâ adverſus debitorem conſiſtat, perſonali exceptione ſubmovebitur, quæ ſicuti obſtat cedenti, ſic & ceſſionario, textus elegans *in l. de illo 23. in princ. pro ſocio.* ſic intelligendus Gonzalez ad textum in *cap. 3. de ſolution. num.* 10. quamvis contrarium Cheſius teneat *dic. cap. 22. num.* 14. nixus autoritate textus in *leg.* Papin. 28. *mandat. l. 38. de evict.* qui longè diverſum caſum continent. Videndus Olea *de ceſſione juris tit. 5. q. 4. num. 10. cum ſequenti.* hæc autem omnia veteri jure procedebant, quo liberum erat creditori fidejuſſorem, priuſquam reum convenire *l. 15. l. 18. de fidejuſſor.* poſt executionis autem beneficium à Juſtiniano conceſſum in Authenticâ præſenti *cod. eod.* perſonalis pacti exceptio etiam fidejuſſori competit, non quidem principaliter, ſed per conſequentiam, & occaſione magis, quàm jure ut rectè Faber in *d. l. 22. hoc tit.*

21 Pactum autem fidejuſſoris tametſi in rem conceptum reo principali non prodeſt. *l. fidejuſſoris 23. hoc tit l. 13. §. ſi legatoris. 5. cum ſeq. de acceptilat.* junct. quæ dixi *cap. 1. num. 4. cum duob. ſeqq.* argumen. textus *in d. l. 29. de receptis arbitris*, ratio in promptu eſt, quia nil fidejuſſoris intereſt, ut pote qui regreſſum rei principalis non timet, hac ſi fidajuſſor pacto liberatus per errorem ſolverit, reum non liberat, imò poteſt repetere *l. cum is 32. §. 1. l. ſi fidejuſſor 59. de condict. indeb.* ſolutio etiam, quæ parit

ſor 59. de condict. indeb. ſolutio etiam, quæ parit indebiti condictionem non operatur liberationem *l. 26. §. ſi reum 13. eod. tit.* inde etiamſi principalis fidejuſſori, qui ne à ſe peteretur, pactus in rem fuiſſet, hæres extiterit, & ſolverit, repetere non poteſt *d. l. 32. §. 1.* & à creditore conventus exceptione fideicommiſſori competenti uti non poteſt, qua ſi utatur; in fidejuſſore non teo excepito competebat, ut docent Valentia *lib. 1. illuſtr. tract. 4. cap. 10. num. 6.* Cujacius *lib. 41.* digeſtorum uliani *in d. leg. 14.* quem textum fruſtrà Ant. Faber emendavit *d. conject. cap. 5.* jurisjurandi cauſa eſt, quod à fidejuſſore interpoſitum in rem, cum ſolutionis, aut acceptilationis vicem gerat. *d. l. 27. l. 40. de jurejur.* reo principali prodeſt. *d. l. 28. §. 1. de l. ult. §. 1. & 2. eod. tit. l. 1. 9. 3. quarum rerum actio non detur*, Arias de Meſa *l. 2. var. c. 15. ex n. 15.* ex eâdem ratione fluit, quod fidejuſſori relicta liberatio reo principali non prodeſt *dict. l. 2. in princ. l. 10. de liberat. legatâ*, & fidejuſſor per pactum, non per acceptilationem liberatur, *dict. l. 5. §. 1. eod. tit.* ne alioquin ſi per acceptilationem liberetur, principalis etiam obligatio ipſo jure extinguatur, *dict. l. 13. §. ſed ſi 7. l. ſi ex pluribus 16. §. 1. de acceptilation.* niſi forſan expreſſè teſtator juſſerit, ut fidejuſſor per acceptilationem liberetur, juxta, quam ſuppoſitionem cum Goffredo *in d. l. 5. num 61.* intelligo difficilem alioquin textum in *l. 10. §. ult. in fin* mandati, cujus finalia verba illa, *vel ſi eam liberationem legavit*, ad præcedentia refero, & ſic accipio, ſi eam liberationem legaverit ut per acceptilationem liberetur: hinc etiam ſi pro filio patri fidejuſſerit, eique liberatio legetur, per pactum quaſi fidejuſſor liberatur, non quaſi pater, quia plenior eſt fidejuſſoris, quàm patris obligatio, & de peculio poterit conveniri, niſi alia fuerit teſtantis voluntas ne ea res filio tanquam filio, aut reo principali proficiat *d. l. 5. §. ult. de liberat. leg.* juncto Fabro *dict. lib. 17. conjectur. cap. 11.*

22 Unius etiam ex fidejuſſoribus, aut mandatoribus pactum etiam in rem interpoſitum reliquis fidejuſſoribus, mandatoribuſve non prodeſſe ideò Paulus ſcribit, in *d. l. 23. verſ. imò hoc tit.* quia licet aliquatenus interſit paciſcentis, tamen pecuniariè nõ intereſt, quia cœterorum regreſſum non metuit, ut non paulò meliùs, quàm Cujacius, Faber exponit, ad quam partem ſpectat textus *in d. l. §. 1. de fidejuſſor.* ubi ſi creditor viginti, cum duos fidejuſſores accepiſſet, ab altero quinque acceperit, ne ab eo petat, alter non liberatur, ſed reſidua quindecim ſolvere cogitur, quin ullâ exceptione poſſit defendi, quia unius ex fidejuſſoribus pactum aliis prodeſſe non debet, qui ſic intelligit text. *in l. ſi creditoris 18. hoc tit.* in cujus recitatione, ut, Goffredi ſubtilitatibus omiſſis, in *d. l. 5. de liberat. leg. num. 18. cum duob. ſeqq.* eum textum accipiunt Cujacius ibi *lib. 51.* digeſtorum *Juliani*, quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l. bona fides 57. de reg. jur.* & Faber *lib. 11. conjectur. cap. 15.* Illud tamen obiter obſervo, quod pactum non gratuitò, ſed tranſactionis cauſâ fuit interpoſitum pro quinque eo nomine acceptis, ut fidejuſſori prodeſſet, quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l. bona fides 59. de reg. jur.* quod mirificè meam doctrinam de pacto tranſactionis cauſâ interpoſitum ſuprà traditam *num. 17.* confirmat, ſed tamen gratuitum unius ex fidejuſſoribus pactum alteri pro parte ſaltem prodeſſe debere ex eo probari videtur, quia aut fidejuſſor, qui pactus eſt, ne ſeparetur, ſolvendo eſt tempore litis conteſtatæ, & tunc alter deſiderat, ut pro parte ſolùm conveniatur juxta epiſtolam D. Adriani in *§. ſi plures 5. inſt. de fidejuſſor.* cujus beneficio propter alterius pactum privandus non eſt, aut ſolvendo non eſt, & tunc alter quamvis non pacti, cedendarum tamen actionum exceptione creditorem pro parte poterit ſubmovere, utpote qui pacto ſuo alium fidejuſſorem liberavit, & nullam, quam cedat, habeat actionem, argum. textus in *d. l. 95. §. 4. de ſolution. cum ſimilibus*; ergo gratuitum unius ex fidejuſſoribus pactum alteri ſaltem pro parte per doli mali exceptionem debet prodeſſe, ut unico hoc fundamento niſi contendunt Gofredus in *d. l. 5. num. 17. & 21. cum duob. ſeqq.* ex Olea Valeron de *tranſaction. tit. 1. q. 7. num. 19.* Verius tamen eſt Julianum in *d. l. 17. §. 1.* dum ex pacto unius ex fidejuſſoribus nullam exceptionem alteri competere affirmat, tam doli, quàm pacti exceptionem excludere, cui doctrinæ ſuperior difficultas non obſtat, cui reſpondeo cum Pinello *lib. 2. ſelectar. cap. 14. ex num. 17.* quod cum plures fidejuſſores plerumque ad ampliorem creditoris ſecuritatem principaliter aſſumantur, liberum eſt creditori unum ex his per gratuitum pactum liberare, quo adhibito alteri diviſionis exceptio denegatur, quæ cum non niſi ipſi tunc competat, ſed exactionis tempus reſpiciat *l. inter 26. de fidejuſſorib.* nec ante indebitam partem conſtituat, textus elegans in *d. l. 49. §. 1. in fin. eod. tit.* & litis conteſtatæ tempore unus ex fidejuſſoribus per pactum liberatus inveniatur, alteri prodeſſe non poteſt, cui nec cedendarum actionum exceptio accommodatur, gratuita liberatio, vitio, aut culpæ creditoris tribui non debet, quo demùm caſu hujuſmodi exceptio ſolet competere ex *d. l. 95.* ut aiebat Cujacius 51. digeſtorum Juliani in *d. lege 15. §. 2.* in hac parte melius, quam Pinellus *d. cap. 14. ex num. 20.* 23

Quæ de pacto fidejuſſoris diximus, ceſſant in pacto fidejuſſoris, qui in rem ſuam ſpopondit, quod cum reo factum eſſe videtur, quia plus valet quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur; & reo, qui reverâ fidejuſſore regreſſum habituro prodeſt, *l. ſi fidejuſſor 24. hoc tit.* cujus deciſio ità procedit, ſi creditor, qui de non petendo pactus eſt, fidejuſſorem in rem ſuam ſpopondiſſe ſciverit, non ſi ignoraverit, tunc enim quia creditor non abſolutè debitum remittere, ſed fidejuſſorem dumtaxat, non etiam reum liberare intendit pactum aliis præter paciſcentem non prodeſt, ſub quâ etiam reſtrictione intelligendus eſt textus in *d. l. 5. §. 1. in fin. de liberat. leg.* quatenus aſſerit fidejuſſorem, qui in rem ſuam ſpoponderat, & cui deliberatio relicta fuerat, per acceptilationem liberandum, ut ſic evaneſcant Fabri calumniæ *dict. lib. 15. conjectur. cap. 11.* Rursùs quamvis ex pacto fidejuſſoris, pacti exceptio reo principali non competat, aliquando tamen doli exceptio accommodatur, veluti ſi ne à reo etiam petatur, fidejuſſor, pactus ſit, ne ab altero etiam petatur *l. idem 25. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* cujus æquitatis ratio in obligatione, ſeu in ejuſdem debiti communione conſiſtat, quæ eandem vim habet, quam procuratoris mandatum, quod ſufficit, ut doli mali exceptio ex pacto procuratoris domino acquiratur, *l. 10. ult. hoc tit.*

ut exornando probat contra Fabrum & Oſualdus 22. *commentar. cap. 4. litt. P.* ex eâdem ratione dicerem, quod ſi reus nec etiam à fidejuſſore regreſſum non habituro petatur, potuit doli exceptio fidejuſſori accommodari. ex eo forſan provenit, juncta etiam paternæ affectionis ratione quod quamvis ex pacto patris filius acquitere pacti exceptionem non poſſet *dict. l.* 21. §. 4 *hoc tit.* junctâ regulâ textus in *l.* quod dicitur, 30. *de V. O.* doli tamen exceptio requiretur *dict.* 21. *nos autem* 2. *in fin. hoc tit.* omiſſis, quæ cum pluribus tradit Oſualdus *dict. cap. 4. litt. G. cum ſeq.* Sed dices, imò bis caſibus pacti exceptio, quæ reo principali non competit, acquiritur fidejuſſori, ſunt tamen hæc diſſimilia, in præjactis caſibus nil intereſt paciſcentis pactum ei, qui pactus eſt pro die in *d. l.* 27. §. 2. rei principaliter intereſt pactum fidejuſſori regreſſum habituro prodeſſe, cui pacti exceptio competit, non ut per reum ei acquiratur, ſed ut reo ipſi, cujus intereſt, conſulatur, ut explicat Cujacius
24 *lib.* 3. Pauli *ad edictum in d. l.* 27. §. 10.

Ex duobus etiam reis debendi aliquis ne à ſe petatur, qumvis in rem paciſcatur, alteri pactum non prodeſt, ſi quidem ſocii non ſint, ut probant textus in *l.* 3. §. *nunc* 3. *verſic. ſed & ſi cum alio de liberat. leg.* ubi ſi unus ex reis debendi non ſociis, cui liberationem teſtamento reliquit, per pactum, non per acceptilationem liberatur, nec etiam alter contra teſtatoris voluntatem liberatur, & in *l. hominem* 34. §. *ult. de ſolution.* ubi ſi ex duobus reis promittendi aliquis ne ab eo peteretur, pepigerit, quamvis per errorem ſolveretur, alter obligatus adhuc manere dicitur, cujus principii ratio facilis eſt: per pactum obligatio non ipſo jure deſtruitur, ſed per exceptionem, per quam debitor eximitur ab obligatione. ſed hoc ex reis obligatione exempto, non ideò alter liberatur *l. ult. de duob. reis*, *& l. Uranius* 71. *de fidejuſſorib.* niſi liberatio per ſolutionem contingat §. 1. *inſt. de duob. reis*, aut per alium modum, qui ſolutionis vicem gerit, veluti acceptilationem, aut jusjurandum *l. in duobus* 28. §. *ex duob.* 3. *de jurejur. l.* 2. *de duob. reis l. ſi ex plurib.* 16. *in princ. de acceptilat.* ergo uno ex reis per pactum, quod ſolutionis loco non cedit, liberato, non ideò alter liberatur; accidit, quod pactum eis dumtaxat prodeſt quorum obligationem diſſolutam eſſe intereſt paciſcentis, *dict. l.* 21. §. *ult. hoc tit.* Unius autem ex eis paciſcentis nil intereſt alterius obligationem diſſolvi, ut pote qui ejus regreſſum timere non poteſt in veriori ſententiâ quem probat textus in *l. falcidia* 62. *ad l. falcid.* & fundat Faber *lib.* 11 *conjectur. cap.* 16. *cum ſeq.* & Bachovius *volum.* 2. *diſput.* 27. *theſ.* 19. *litt. X.* & cui non obſtat textus in *C. de duob. reis* pro cujus explicatione videndus Vinnius *de pactis cap.* 16. *num.* 7. *& lib.* 1. *ſelectar cap.* 6. Sed adverſari videtur textus in *l. ex duob.* 18. *de duob. reis* ubi alterius ex reis promittendi factum alteri nocet; ergo & unius pactum alteri debet prodeſſe ex vulgari textu in *l. ſecundum naturam* 10. *de reg. jur.* Reſpondeo cum Donello *lib.* 16. *commentar. cap.* 25. factum in *d. l.* 18. pro delicto, & ſervi promiſſi occaſione ſecundum eſſe, ità ut ſenſus ſit, quòd ſi aliquis ex reis ſervum promiſſum occideret, neuter liberatur, quia unius factum alteri ad obligationem prodeſſe non debet, etiam hoc ſenſu nocere dicitur, quatenus non prodeſt, ex quo potiùs infertur, nec unius ex reis pactum alteri prodeſſe, ſi verò rei debendi ſocii ſint, unius pactum alteri ad liberationem prodeſſet, ut probant textus in *l. idem* 25. *in princ. hoc tit.* quæ ut Cujacius admonuit, conjungenda eſt cum *fin. dict. l.* 23. *eod. tit.* quod & inſcriptio, & res ipſa indicat, & in *l. eandem* 9. §. 1. *in fin. de duob. reis*, & id principaliter intereſt paciſcentis qui alioquin in effectu non liberaretur, & ſocio ſolidam poſteà partem ſuam ſolvere intereſt judicio ſocietatis *dict. l.* 62. *ad l. falcid. dict. l.* 71. *de fidejuſſor.* Opponi tamen videntur textus in *l.* 3. *verſ. ſed quid ſi cum* §. *ſeq. dict. l.* 5. §. *in fine de liberat. leg.* in quibus alter ex reis debendi ſociis, cui liberatio relinquitur, non per pactum, ſed per acceptilationem liberatur, ne alioquin per perſonam mediam ſocii inquietetur; ergo unius ex reis debendi ſociis pactum alteri ad liberationem non prodeſt, quæ difficultas levi operâ ſolvitur ex ſupra dictis *num.* 18. Addendus Val. *de tranſ. tit.* §. *q.* 3. *n.* 31. *cum ſimilib.*

Hæc tamen doctrina in reis debendis omnium 25
bonorum ſociis abſolutè procedit, quippe cum lucrum omne, & damnum inter eos commune ſit futurum, unius pactum in totum alteri prodeſt, at ſi rei debendi illius dumtaxat obligationis, non etiam omnium bonorum ſint ſocii, quod dicitur unius pactum alteri prodeſſe, ſic ultrà interpretes accipiendum exiſtimo, ut non in ſolidum alteri proſit, ſed pro eâ ſolùm parte, quàm ſi in ſolidum ſolverit, à paciſcente repetere poſſet; moveor ex eo, quòd unius pactum eatenus alteri competit, quatenus paciſcentis intereſt, ſed ubi duo rei ſocii dumtaxat ſunt illius obligationis, paciſcentis ſolùm intereſt pro ſuâ parte alteri pactum prodeſſe; ergo unius pactum alteri non in ſolidum, ſed pro parte paciſcentis debet prodeſſe; nec ex eo pactum alteri inutile prorſus erit, qui pacto non interpoſito ſolidum ſolvere cogi poſſet, partem à ſocio poſteà repetiturus; poſt pactum autem ſuam ſolum partem ſolvere compellitur; melius autem eſt non ſolvere, quàm ſolutum repetere *l.* 3. *de compenſat.* Eandem ſententiam illud expreſſè probat, quòd quamvis duo, pluresve tutores pro duobus reis debendi habeantur ejuſdem obligationis ſociis, & quis ex eis ſolidum pupilli præſtiterit nullâ etiam factâ ceſſione utili actione partem ab alio poſſit repetere *l.* 1. §. *& ſi fortè* 13. *cum ſeq. de tutelis*, *& rationib. diſtrahen.* Si tamen pupillus poſt pubertatem unum ex tutoribus per pactum non quidem gratuitò, quod nec ſi veniam ætatis impetraſſet, efficeret, *l. tutores* 39. *ab eo* §. 13. *de adminiſtr. tutor.* juncto ibi Cujacio *lib.* 5. *reſponſor. Papin*, ſed tranſactionis cauſâ liberavit, pactum alteri tutori pro parte quidem ſuâ non prodeſſet, textus ſic intelligendus in *l.* 1. *C. de tranſact. l. ult.* §. *item quæritur* 3. *junct.* §. *antec. de liberat. leg.* prodeſt tamen pro parte paciſcentis *l. ſi pupillus* 45. *de adminiſtr. tutor.* niſi forſan cum duo tutores ob communem dolum timerentur, cum alio ipſe pupillus tranſegerit, quo caſu, quia licèt duo rei debendi ſint, & uno ſolvente, alter liberetur, ſocii tamen ejuſdem obligationis non intelliguntur, cum maleficiorum nulla ſit ſocietas, & qui ſolidom ſolverit, nec actionis ceſſionem juſtè deſideret, nec utile ſine ceſſione habeat *dict. l.* 1. §. *planè* 14. *de tutel. & ration. diſtrab.*

l. ſi plures 38. §. *ult. de adminiſtr. tutor.* pactum inutile alteri tutoi prodeſſet, quia nil paciſcentis intereſt, ut pote qui tutotis regreſſum non timet *l. ſi ex duob.* 15. *de tutel. & ration.* ergo pactum unius ex reis illius ſolùm obligationem alteri non in ſolidum, ſed pro parte ſolùm paciſcenti prodeſſe, quare ſic inutiliter ſolverit, ratione ductus comprehendo, omiſſis quæ cum pluribus tradit Valeron *qu.* 3. *num.* 35. ex quibus quod io *d. l.* 3. §. 3. *de liberat. legatà* aſſeritur unum ex teis debendi ſociis, cui liberatio relinquitur, per acceptilationem liberandum, vel ad ſocietatem omnium bonorum referendum, vel ad alium caſum reſtringendum, quo reſtator utrumque reum liberare voluerit, ut ſuadet §. 4. *in fin. ejuſd. l.* 3. alioquin ſi duo eſſent rei illius ſolùm obligarionis ſocii, & teſtator uni liberationem legans ei ſolùm proſpicere intenderet, non per acceptilationem res expedita foret, nec alrer contra voluntatem teſtantis liberaretur, ſed per pactum, quod ex jam dictis omnimodam ſecutitatem in effectu legatario præſtaret.

26 Quæritur etiam ex contrario, an ſi unus ex reis credendi ſe non petiturum paciſcatur, alteri pactum noceat, & omiſſis quæ ex pluribus diſputat. Oſuald. *d. ct. lib.* 16. *commentar. cap.* 25. *litt. B.* dicendum breviter eſt, qood unus ex reis credendi poſſit alteri præjudicare, & obligationem extinguere per ſolutionem *d. l.* 2. *de duob. reis*, aut alium actum, qui ſolutionis loco cedat, veluti jurisjurandi delationem, ſi reus ſe non debere juravetit *dict. l.* 28. *in princ. de jurejur.* nec actionem *l. ſi rem* 31. §. 1. *de novationib.* de cujus quoad hanc partem conciliatione cum *l. ſi unus* 27. *in princ. hoc tit.* omiſſis pluribus, quos referunt Larreat. *deciſione Franatenſi* 19. quod ſolutionis vicem non gerit, alteri non nocet, ſivè ſocii ſint, ſivè non, ut expreſsè docet Paulus in *dict. l.* 27. *in princ. hoc tit.* quia cum pactum paciſcentis perſonam non egrediatur, ut ſæpè diximus, obſtare non poteſt alteti ex reis, qui dum adverſus debitorem conſiſtit, proptio jure utitur, nec à paciſcente cauſam trahit, nec ex eo, quod pactum unius ex reis debendi ſociis alteri proſit, ut præter jura adducta probat tex. in *l. ſi quis* 24. *rem ratam haberi*, infertur, quòd pactum unius ex reis credendi ſociis alteri debeat nocere; ut falsò exiſtimabat Faber in *rationali ad l.* 27. *hoc tit. & dict. lib.* 11. *conjectur. cap.* 18. nam manifeſtâ differentiæ ratione pactum unius ex reis debeudi ſociis alteri prodeſt, propter perſonam paciſcentis cujus id priucipaliter intereſt, unius autem ex reis credendi ſociis pactum alteri non nocet ex dictis, nec tamen ei prodeſt, ad hoc, ut ſolidum conſequatur, imò obſtat pro parte paciſcentis, alioquin inutile pactum eſſet, cui ipſe ſolidum exigens partem ſocio paciſcenti ſocietatis judicio reſtiruere tenetur, ut cum judicio docent Vinnius *de pactis dict. cap.* 16. *num.* 9. *& dict. lib.* 1. *ſelectar. cap.* 6. & ex eo Valeron *ubi ſupra num.* 63. Aliud procedit, ſi rei credendi ſocii non ſint, tunc enim unius pactum non ſolùm alteri non nocet, ſed prodeſt, qui ſolidum poteſt conſequi, cum nullam exactæ pecuniæ partem alteri communicare teneatur in veriori ſententiâ, quam firmat textùs in *d. l.* 62. *ad leg. falcid.* & fulcit Faber *dict. lib.* 11. *conjectur. cap.* 16. obſtare tamen illud videtur, quod unus ex reis credendi per conſtitutum, quod non extinguit obligationem, alteri præjudicat *l. idem* 10. *de conſtituta pecunia* quidquid inſeliciter dubitet Oſualdus *lib.* 16. *cap.* 25. *litt. D.* ergo & per pactum de non petendo, Reſpondeo cum Briſonio *lib.* 1. *de ſolution.* & Fabro in *rationali dict. l.* 10. quod conſtirutum pro ſolutione quodammodo habetur, ut ait Paulus in *dict. l.* 10. & quemadmodum per ſolutionem, aut petitionem reus actionem præoccupaſſe intelligitut *l. ex duob.* 16. *de duob. reis*, ſic & per conſtitutum.

Nec Fabri opinionem juvant textus, quos ipſe expendit in *l. ſi duo* 34. *de receptis arbitr. & in l. ſi duo* 9. *ſi quis cautionibus ex d. l.* 34. ſic arguit, compromiſſum unius ex reis credendi ſociis nocet alteri, ita ut ſi ſententiâ latâ contra compromittentem alter agat, pœna committatur; ergo ſi unius pactum debet alteri promitti non tam latè, reus alter rectè petit ſine metu pœnalis ſtipulationis, quæ ſolùm committirut adverſus eum qui compromiſit, nam petenti ſocio ipſe etiam per conſequens adverſus eum, qui promiſit, committitur, ut *in fin.* textus Paulus indicat, quem ſic explicant Cujacius *ibi lib.* 30. *Pauli ad edictum*, Vinnius *de pactis dict. cap.* 16. *num.* 10. *& dict. lib.* 2. *ſelectar. cap.* 6. Valeron *ubi ſupra num.* 65. *cum ſeqq. ex d. l.* 5. *ſi quis cautionib.* ſic Faber argumentat. impedimeutum appoſitum ab altero ex reis credendi ſociis, ne debitor ſe judicio ſiſteret, qui id alteri cum pœnâ promiſit, in cauſâ eſt, ut alteri ad pœnam agenti obſiſtat impedimenti exceptio, ergo & unius pactum alteri deber obſtare: huic difficultati reſpondeo, omiſſâ ſolutione Bachovii *dict. volum.* 2. *diſp.* 27. *theſi* 9. *litt. P.* quod licèt regulariter debitor, qui ſe judicio ſiſti cum pœnâ promiſit, ità à privato impeditus condictâ die ad judicium ooo venerir, adverſus pœnalem ſtipulationem oullâ ſe poſſit exceptione tueri, ſed ſolùm in factum actionem habeat, in id, quod ſua intereſt adverſus eum, à quo fuit derentus, ex edicto, *de eo, per quem factum erit, quominus quis in judicio ſiſtat l.* 1. §. *ſi reus* 3. *leg.* 3. *de eo per quem factum erit. l.* 5. §. *ult. cum l. ſeq. ſi quis cautionib.* & hoc ipſum ſervatur in duobus reis credendi non ſociis, quorum uni debitor ſe judicio ſiſtere promiſerit, & ab altero impeditus ad judicium non venerit, ſi tandem duo rei credendi ſint ſocii, ab eorum altero debitor impeditus etiam adverſus eum, qui judicio ſiſti ſtipulatus eſt, nec ullum impedimenrum appoſuit, ex pœnali ſtipulatione agentem de doli mali exceptione defenditur, ne dolus alteri proſit propter ſocietatem, ot rectè Paulus, proprius dolus ei, qui impedivit, prodeſſet proprer ſocietatem, qua propter ſocius, qui non impedivit, dum ad pœnam agit, doli exceptione repellitur quoad ſolom, quem ſocio reſtituere tenetur; quod ſolùm Pauli ratio convincit, non pro ſuâ, ſicuti ſi ex eâdem ratione unus ex reis credendi ſociis de non petendo pepigerit, illos quidem in ſolidum petat, pacti exceptione repellitur, ſuam autem partem petit, ut *ſuperiori num.* diximus. 28

Adeò autem verum eſt unius ex reis credendi pactum aliis non nocere, ut ſi alterotrum heredem ſcripſerit, quia ubi ſunt duæ ejuſdem poteſtatis obligationes, cum reperiri non poſſit, cur una magis, quàm altera conſumatur, utraque rectè retinetur, multùm intereſt, an reus, qui alteri hæres exiſtit proprio, au hæreditario 28

nomine experiatur, ut ità poſſit intelligi, an per pacti exceptionem poſſit ſubmoveri, *l. ſi duo rei* 93. *in princ. verſic. atqui de ſolution*, nec in rei ſolùm credendi id obſervari, ſed generaliter unius pactum, nec alteri præjudicat, nec alienam actionem tollit, ut in eleganti ſpecie aiebat Paulus in *d. l.* 71. §. 1. *de fidejuſſor.* & generaliter probatur ex *l. debitorem* 26. *cum ſeq. C. h. tit.* à quâ generali regulâ ſpeciali caſus ſubducitur, ubi ſcilicet creditores hæreditarii cum debitoris hærede de remittendâ debiti parte paciſcuntur, ut hæres ad eandem hæreditatem invitetur, ſi ſit voluntarius, aut ad ſe immiſcendum, repudiato beneficio abſtenſionis, ſi ſit ſuus, vel neglecto ſeparationis beneficio, ſi ſit neceſſarius, tunc enim hujuſmodi pactum, quod in jure uſitatiſſimum eſt *l. qui habebit* 54. §. 2. *de manumiſſo teſtam.* Prætoris decreto confirmatum *l. primo gradu* 23. *quæ in fraudem creditor.* à majori parte creditorum factum *l.* 10. §. *ſi quod in fraud.* 10. *l.* 23. *teſtam. l. cum herede* 55. *de acquiren. hæred.* reliquis creditoribus nocet ex reſcriptis divi Pii, & Antonini *ex l.* 7. §. *ult.* id ſuadente humanitate, ut defunctus faciliùs inveniat hæredem, & creditores habeant cum quo congrediantur, quorum ideò perſuaſione, aut mandato ſæpè hæreditatis aditio contingit *l. ult. de dolo malo l. ſi hereditatem* 32. *mandati l.* 4. *in princ. de doli mali, & metus except. d. l.* 7. §. *ſed ſervus* 18. *verſ. ideo hoc tit.* unde facilè colligitur, quod poſt aditam ſemel hæreditatem, cum ſit jam aliquis, qui poſſit conveniri, & jam majoris partis pactum diſſentientibus creditoribus obeſſe non debet, cum antiquioribus nonnullis reſolvit Vinnius *de pactis cap.* 17. *num.* 3. qui etiam *num.* 5. eleganter advertit ante aditionem etiam majoris partis pactum ità demùm abſentibus creditoribus nocere, ſi rectè, & tempeſtivè ſint citati, hujuſmodi etenim pactum tanquam Prætoris decretum requirens, rei judicatæ veluti quandam ſpeciem continet, quæ in citatis non ſolet præjudicare *l. item* 17. §. *ult. de receptis arbitris.* hinc ſi tutor, idemque creditor teſtatoris, cum in eo ſtatu hæreditas eſſet, ut pupillus abſtineretur eo nomine cum pleriſque creditoribus ità deciderent, ut certâ crediti portione eſſent contenti, ipſe etiam eâdem parte debet eſſe contentus *l. cum in eo* 44. *hoc tit. l. cum hereditas* 59. *de adminiſtr. tutor. cum ſimilib.* quia tamen major creditorum pars circa remittendam crediti partem conſentit, ejus pactum non poteſt non præſenti tutori, etiamſi pactus non ſit, præjudicare.

22 Jam verò quæritur, quonam modo major creditorum pars debeat æſtimari? Reſpondet optimè Papinianus in *l. minorem* 8. *hoc tit.* majorem partem ex modo debiti, non ex numero perſonarum æſtimandam, ità ut majoratio habeatur illius cui major pecuniæ quantitas debetur, quia magis ejus intereſt argum. textus in *l. ſi plures* 14. *depoſiti*, quâ ratione ſi alicui diverſæ ſummæ quamvis ex diverſis cauſis debeantur, omnes in unam colligantur, ità ut ejus ſummæ, quæ ex pluribus conjunctis efficitur, creditor intelligatur. *l. ſi plures* 9. §. 1. *hoc tit.* licèt in aliis cauſis, propter diverſam rationem aliud obſervetur *l. ſi idem* 11. *de juriſd. l.* 34. §. *ſi quis* 3. *de denat.* & ſummæ applicantur etiam uſuræ *dict. leg.* 9. §. *ult. hoc tit.* ſivè jure obligationis, ſivè ſolo judicis officio debeantur, quod intelligendum erit ex his, quæ dixi in *Academicis de eo, quod certo loco dari oportet cap.* 4. *num.* 19. *cum* 4. *ſeqq.* inde etiam plures rei credendi, ut plures argentarii, quorum nomina ſimul facta ſunt, unius loco habeantur, quia unde & communem eſſe obligationem, & plures pupilli creditoris tutores unius loco ſunt, quia pupilli conveniunt nomine, ex diverſo is, qui plures habet actiones ſivè ad eandem rem, ſivè ad res diverſas, etſi cum eo, qui unam actionem habet, conferatur, non plurium perſonarum, unius tantùm vicem ſuſtinet, & denique tutor, qui plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium convenerit unius loco numeratur, quæ ſingula Paulus docet in *d. l.* 9. *in princ. hoc tit.* cujus verſiculum nec non ſine ratione Faber emendavit in *rationali*, cui occurri facile poterit ex traditis à Julio Pacio in *eodem textu.* ſin autem omnes creditores in debiti cumulo ſint æquales, plurium numerus præfertur, datâ debiti, & numeri æqualitate, Prætoreorum creditorum ſententiam ſequitur, qui dignitate, id eſt honeſtate, & æſtimatione præcellunt, & ſi omnia undique in eâdem æqualitate concurrant, humanam ſententiam Prætor eligit, qualis ea habetur, quæ magis hæredi favet, & ampliorem debiti partem remittit *dict. l.* 8. *hoc tit.* argumen. textus in *l. ult. C. qui bonis cedere poſſunt*, juncto Cujacio *lib.* 10. *reſponſor.* Papiniani *in d. l.* 8. qui aſſerit hoc ipſum olim obſervatum fuiſſe ante ſublatam bonorum emptionem, de quâ in *princ. inſt. de ſucceſſionib. ſublatis*, quo tempore futurus bonorum emptor, quaſi univerſalis debitoris ſucceſſor de certâ debiti parte ſibi remittendâ paciſci ſolebat, in quo pacto eadem obtinebant, quæ diximus, de pacto ante aditionem hæreditatis cum hæreditariis creditoribus interpoſito, ad quam juris partem ſpectant procul dubiò textus in *l. Imperat.* 60. *hoc tit. l. cum bona* 16. *de rebus autorit. judicis poſſid.* alia *l.* 1. *de privil. creditor*, quos eleganter explicat Cujacius, *lib.* 10. *reſponſor.* Papiniani *in d. l.* 8. *hoc. tit.*

Majoris itaque partis creditorum pactum abſentibus etiam creditoribus quantumvis privilegiatis nocere dicitur, in *l. reſcriptum* 10. *hoc tit.* imò & fiſco, cùm non hypothecam ſed exigendi tantùm privilegium habet, veluti ſi in privati locum ſucceſſerit, *l. fiſcus* 16. *de jur. fiſci.* Nec contrarium eſt, quod ait Paulus in *l. ſi præcedenti* 58. §. 2. *mandati*, per pactum majoris partis creditorum præſentium abſenti creditori privilegium non auferri, nam ut rectè cum aliis reſpondet Vinnius de *pactis cap.* 17. *num.* 8. pactum minuit quidem quantitatem debitam abſenti creditori privilegiario, quo reſpectu ei nocere dicitur privilegium verò non aufert, quod in eo vires egerit, ut privilegiario uſque ad quantitatem in pacto comprehenſam priuſquam cœteris non privilegiariis creditoribus ſatisfaciat. Hypothecariis autem creditoribus pactum non nocere aſſerit Papinianus *in d. l.* 10. *hoc tit.* quod ex Paulo in *d. l.* 58. §. 1. *mandati* ſic explicandum eſt, ut pignus per pactum non auferatur, ità ut pactum noceat hypothecario creditori, ſi quidem perſonali actione experiatur eidem autem pignus proſequenti non noceat, quæ æquiparatio non abſolutè procedit, ſed in eo ſolùm, quòd per pactum privilegium non magis, quàm pignus tollatur, & hanc circa 23

hypothecarium creditorem abſentem Pauli mentem eſſe conſtat ex eo quod ipſe docet in *dict. l.* 58. §. 1. abſenti creditori, qui fidejuſſorem, vel mandatorem habet, electionem per pactum non auferri, & liberum adhuc ei fidejuſſorem, aut mandatorem in ſolidum convenire, quamvis hæredem pro parte ſolùm in parte comprehensâ poſſit convenire, pactum etenim, quod hæredi contra abſentem prodeſt, noo æquè ejus fidejuſſori debet prodeſſe, ut pote qui propter pactum non in ſolidum, pro parte conventâ regreſſum adverſùs hæredem habet, argumento eorum quæ ſuprà diximus *num.* 11. *cum ſequenti*, niſi forſan abſens creditor ab hærede partem acceperit, nam ſi partem poſteà à fidejuſſore, aut mandatore petat pacti exceptione ſubmovebitur, quia partem ab hærede accipiendo ratum habere prætoris decretum intelligitur, & quemadmodum ſi præſens ipſe apud prætorem ab initio conſenſiſſet, pacti exceptio fidejuſſori, aut mandatori prodeſſet; ſic ubi ex poſtfacto per ratihabitionem decreto conſenſit, pactum fidejuſſori, aut mandatori debet prodeſſe; ergo cùm pactum abſenti creditori fidejuſſoris in ſolidum conveniendi facultatem non tollat, nec etiam pignoris perſecutionem poteſt auferre. Nec obſtat, quod in concedendis judiciis debitoris, quæ aliquando etiam alicujus periculo conceduntur, *l. ſi verſ.* 12. §. *ſi poſt creditam* 14. *mandati*, Hypothecarii creditores majoris ſuffragium ſequi teneantur, *dict. l. ult. C. qui bonis cedere poſſunt.* Nam per hujuſmodi temporale pactum, perſonalis quidem actionis exercitium differtur, præſens autem pignoris perſecutio non aufertur, argumento textus in *l. quaſitum* 14. *de pignorib.* junctâ eleganti explicatione Bachovii *lib.* 3. *de pignorib. cap.* 13. *num.* 6. ex quibus quilibet facilè ſatisfaciet Fabro miſerum Tribonianum calumniis proſcindenti in *rationali* ad textum in *dict. l.* 10. *hoc tit.* quibus ex profeſſo reſpondere nec libet, nec vacat. Jam finem noſter de *liberatoriis pactis* tractatus accipiat, quem, ut ingenuè loquar, etſi vellem latius protendere, non poſſem, utinam hæc dicta cedant in Dei omnipotentis laudem, & B. Joannes Baptiſtæ honorem, in cujus vigiliâ opus perfecimus. *die.* 23. *Junii A. D.* 1683. veſtramque, nobiliſſimi adoleſcentes, utilitatem.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO
JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.
TRACTATUS ACADEMICUS XVII.

De acquirenda vel amittenda poſſeſſione ſive ad titulos pandectarum & codicis ejuſdem argumenti.

CAPUT PRIMUM.

De definitione, vel diviſione poſſeſſionis; de perſonis poſſidentibus.

1 POSSESIONEM, de cujus notatione variiſque acceptionibus & definirionibus plura & plures adducunt Piehardus *in principio inſtitutionum de interdictis, art. 1. per totum, art. 2. n. 25. 26. & 27.* Valentia *titulo 1. illuſtr. tractatu cap. 1. per totum & cap. 2. ex n. 2. uſque ad num. 44.* Oroz. *lib. 4. de apicibus juris cap. 1. per totum & cap. 2. uſque ad num. 44.* vel in lata, vel in ſtricta ſignificatione accipi poſſe, ita ur latè poſſidere dicatur quiſquis rem alieno nomine detinet, ſtricte vel is dumtaxat, qui proprio nomine tenet, exiſtimavit merito Galvanus *de uſufruct. cap. 33. n. 5. cum ſequentibus* juxta cujus doctrinam cui noviſſimi antеceſſores noſtri ſubſcribunt, omiſſa quam ipſe *n. 2. tradit.* Theophili definirione, quæ placuir eriam Henrieo Frederico Mindano ad noſtrum *tit. cap. 1. n. 10. & ab* Oſualdo *melius impugnatur l. 5. Commentar. cap. 6. liet. L.* Poſſeſſio in genere ſie commode poreſt meo judicio definiri, ut ſit detentio proprio vel alieno nomine: detentio genus eſt in definitione, in eo namque convenit poſſeſſio eum ſimplici qualibet detentione omni animo deſtituta, quæ nee latæ poſſeſſionis nomen meretur, ut & ecce furioſus, aut dormiens, & ſi corporaliter rem detinear; quia omni animo, ſibi vel aliis poſſidendi ſunt deſtituti, latam potius quam ſtrictam poſſeſſionem acquiruut. *leg. §. furioſus 3. leg. quod meo 18. hoc tit.* is etiam qui ſolo familiaritatis jure amici fundum ingreditur ex animi defectu, nec ſtricte nec late poſſidet *leg. qui jure 14. hoc tit.* reliqua definitionis verba, quatenus animum proprio vel alieno nomine detinendi deſiderant, loco differentiæ ſunt, cum poſſeſſionem à ſimplici detentione diſcernant. Hæc autem in genere ſic definita poſſeſſio, in duas ſpecies dividitur, latam ſcilieet & ſtrictam, quæ ſic diffiniuntur: lata poſſeſſio eſt derentio alieno nomine, ſtricta vero eſt detentio proprio nomine, utraque definitio duas dialecticas regulas ſequitur conſtat genere & differentia utraque, in quo latæ & ſtrictæ poſſeſſionis ſpecies conveniant & differant; ſatis oſtenditur ut ex dictis aperte colligitur, & ex dicendis apertius conſtabit.

Pendet ex his quæ nuper diximus, & ex aſſe nunc 2
exponendum ſuſcepimus, hos ſcilicet latè poſſidere qui rem alieno nomine detinent, ſtrictè verò qui proprio nomine detinent: hine qui verè aut affectu dominiidominii remdetinent, citra controverſiam ſtricte poſſidere dieuntur *leg. filius familias 114. §. 22. de legatis 1. leg. debitor. 59. in principio ad Trebellianum.*, textus ſic intelligendus *in leg. elegant. 24. de pignoratitia actione, leg. apud antiquos 21. C. de furtis, leg. 3. §. genera 21. hoc tit. cum ſimilibus*, malæ fidei etiam poſſeſſores quia rem ſuo nomine lucrifaciendi cauſa detinent, quamvis injuſtam ſtrictam tamen poſſeſſionem acquirunt de *leg. 3. §. ex cont. h. t. qua immo* & qui nullum dominii affectum habent, ſi rei proprio nomine inſiſtant ſtricte poſſidere dicendi ſunt, nec enim affectus dominii eſt de ſtrictæ poſſeſſionis ſubſtanria in meliori ſententia quam ex *l. natural. 12. §. 1. hoc tit.* & aliis fundamentis renet Galv. dicto *c. 33. n. 22.* qua propter ereditor qui ex conventione rem pignori accepit, quia ſibi detinet ſui juris ſervandi cauſa & perſeqnendi, etſi dominii affectus ſit expers, ſtrictam poſſeſſionem nanciſcitur expreſſi ſunt hinc facile componendi textus in *leg. quemcumque 13. de publiciana leg. ſi creditor 28. leg. cum extortis 35. §, 1. leg. ſi pignus 37. de pignoratitia actione, leg. 1. §. per ſervum qui pignoris 36. cum lèg. ſequenti leg. ſi de eo 1. principio hoc tit. leg. pignoris 18. leg. ſervi 16. cum aliis de uſucapionibus. leg. illud 13. qui in fraud. junctis que dixi in acad. de uſucapionibus, cap. 4. num. 15. & 16. & numero 29. cum ſequenti. tradunt præter* Valentiam, & ab eo relatos *dict. leg. 1. tractatu 2. cap. 11. per totum* Oroz. *dict. lib. 4. de apicibus cap. 3. n. 3.* Galvanus *dict. cap. 33. num. 7.* Maſſius *tit. 4. ſingularium opinionum cap. 1. num. 8.* Bachov *ad pandectas diſputationes*

21. *theſi 4. littr. F. & alii congeſti à domino* Retes *lib. 1. dict. opuſc.* 13. *n.* 2.

3 Si tamen omnes ſtrictæ bujus poſſeſſionis rationes non præſtant præter unum Galvanum qui ideo rei pignoratæ poſſeſſionem in creditorem transferri exiſtimat, quia præcipua pignoris utilitas in eo conſiſtir, ut debitore non ſolvente, rem pignoratam creditor poſſit detrahere, ejusque dominium in accipientem transferre, *leg. ſi converterint 4. de pignoratitia actione leg. non eſt novum 46. de acquirendo rerum dominio*, §. 1. *inſt. per quas perſonas alienare licet vel non*, creditor autem ſi ſtrictam poſſeſſionem non haberet, dominium transferre non poſſet, quod non ſolet abſque ſtricta poſſeſſione transferri *leg. ſi ager.* §. 1. *de rei vindicatione.* Valenria *dict. tractatu* 2. *cap.* 4. *per totum* Oroz. *dict. tit.* 4. *cap.* 9. *num.* 1. hæc tamen Galvani ratio tametſi à nonnullis antecesſoribus probata, meo videri ex eo evidenter, eonvincitur, quod creditor in pignore diſtrahendo luti debitoris procurator intelligitur. *leg. ſi pignori 29. familia erciſcundæ Larreat. tit.* 4. *ſelectarum. cap.* 8. *num.* 9. *D.* Olea *de ceſſione jurium titulo* 4. *quaſtione* 9. *num.* 21. ſed procurator etſi alienæ poſſeſſioni miniſterium exhibeat & late ſolum poſſideat *leg. generaliter* 9. *dict. leg.* 18. *in fine principii hoc tit.* ſi quidem ſpeciale mandatum ſuſceperit, aut liberam adminiſtrationem habuerir, dominium, & in neceſſarium antecedens ſtrictam poſſeſſionem poteſt in accipientem transferre *leg. qua ratione* 9. §. *nihil autem* 4. *de acquirendo rerum dominio.* Ergo etſi creditor ſtricte non poſſideret, poteſt tamen ex voluntate debitoris alienare, ac per conſequens utilitatis, quæ vertitur in pignore diſtrahendo, ſtrictæ poſſeſſionis in creditorem transferendæ nullam neceſſitatem inducit; dicendum igitur eſt, quod ſecuritas creditoris in pignore tota profluir non ex perſonali obligatione, ſed ex rei vindicatione, quæ cum ratione dominii competere non poteſt, quod pignoris titulus ut pote temporaneus nunquam transfert. *dict. leg.* 35. §. 1. *de pignoris actione. leg. pign.* 9. *C. eod. tit.* & ex ſtricta ſolum poſſeſſione dimanat, quam in creditorem ideo transferri neceſſum eſt *leg. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *cum leg. ſequenti, de pignoribus leg. pignoris* 18. *C. eodem tit.* lata enim poſſeſſio rei vindicationem non parit, ut videre eſt in conductoribus, commodatariis, & depoſitariis, qui late quidem poſſident, ut poſtea videbimus, rem tamen vindicare non poſſunt, ut notum eſt, quamvis poſt inductam civilem vindicationem ex cauſa pignoris traditi prætor hypotecæ ratione, quæ nuda conventione contrahitur rem etiam actionem creditori conceſſerit, ad exemplum vindicationis civilis *leg.* 17. §. *pignere* 2. *de pactis, leg. ſi cum venditor* 66. *de eviction. item ſerviana* 7. *inſt. actionibus.*

4 Is etiam, qui precario rogavit, ut ſibi poſſidere liceret, ſeu quod idem eſt precariam poſſeſſionem rogaverit quamvis dominandi careat affectu, quia rem proprio nomine detinet, ſtrictam poſſeſſionem acquirit *dict. leg.* 13. §. 1. *de publiciana dict. leg.* 22. §. 1. *de noxalibus. leg.* 6. §. *inter pradones* 4. *communi dividundo dict. leg.* 3. §. 5. *verſi.* Gavinus. *leg.* 10. §. 1. *leg.* 13. §. *ſi is* 7. *leg. interdum* 21. *hoc tit. leg.* 6. §. *ult. ſi adoptavero* 16. *leg. ult. de precario*, ſi vero uſu abſolute precario rogaverit, latam, non ſtrictam poſſeſſionem adipiſcitur, & in hoc ſenſu poſſidere negatur in *dict. leg.* 10. §. 1. *hoc. tit. leg. non ſolum* 33. §. *ult. in fine de uſucapionibus. dict. leg.* 6. §. *is qui rogavit* 2. *de pracario.* hujus differentiæ ratio ex eo provenir, quod ad uſum rei præcario conceſſæ ſtricta poſſeſſio non exigitur, quam in dubio nullus in alterum transferre credendus eſt, niſi id expoſcat natura actus, qui geritur, ut in pignore, vidimus, docet poſt antiquiores, quos refert Retes in *dict. tit. opuſculorum cap.* 13. *n.* 1. Galvanus *dict. cap.* 33. *n.* 1. & Oroz. *dict. lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 3. quibus fere conſentit. D. Gonzalez in *cap.* 3. *de precario n.* 4. verum adverſus hane ſententiam *triplex inſurgit difficultas* 1 *in eo eſt*, quod precarium ſimile eſt commodato, in utroque liberalitas ex parte concedentis vertatur, & hujus commoditas in accipientem transferatur. *leg.* 1. §. *ult. de precario*, unde Salvianus noſtræ juris prudentiæ amieus, & eultor *tit.* 1. ad eccleſiam, cum commodato confundit his verbis: commodatis adeo facultatibus utimur, & quaſi precarii poſſeſſores ſumus, ſed commodatarius latam dumtaxat poſſeſſionem eonſequitur *leg.* 3. §. *ult. cum ſequentibus. leg. ad exhibendum:* ergo ad ejus inſtar is qui præcario rogavit non ſtricte, ſec late poſſidere dicendus eſt, maxime cum plus juris afferat commodatum, quod ante expletum uſum revocari non poteſt, *leg. in commodat.* 17. §. *ſicut* 3. *commodati*, quam precarium, quod ad libitum concedentis revocatur. *dict. leg.* 1. *in principio &* §. 2. textus, *hic intelligendus* in *leg.* 8. §. *eum quoque* 3. *de precario*, quo ſenſu manumiſſos per modos minus ſolemnes ante legem Juliam Norbanâ precario ſolum fuiſſe felices, quia eorum liberalitas ex nutu dominorum pendebat arbitri verba uſurpans eleganter dixit *tit.* 3. *de interdictis & relegatis ex curſu* 5. *n.* 25. *par.* 2. difficultas ex eo naſcitur, quod is, qui precariam poſſeſſionem conceſſit, ſæpe dicitur poſſidere *leg. ſciendum* 15. §. *creditor* 2. *qui ſatis dare cogantur. leg. & valet* 15. §. *eum qui* 4. *de precario;* ſtricta igitur poſſeſſio ei, qui rogavit pretario, non acquiritur, alioquin unius ejuſdemque rei poſſeſſio inſolidum eſſet penes duos contra vulgarem regulam textus. in *dict. leg.* 3. §. 5. *leg. duo* 19. *de precario.* tertia denique à nullo ex his, quos viderim animadverſa ex eo dimanat, quod ſi is qui precario rogavit, ſtrictam poſſeſſionem acquirit, ea ante precarii revocationem amiſſa, rei vindicationem poſſet coercere, quæ propter ſolam ſtrictæ poſſeſſionis rationem pignoratirio creditori competere *anteriori n.* diximus, ſed in jure numquam legimus ei, qui precariam poſſeſſionem rogavit, rei vindicationem competere, imo contrarium non obſcure colligitur *ex dict. leg.* 7. §. 4. *communi dividundo.* Judicium, quod mixtam cauſam habere dicitur tam in rem quam in perſonam §. *quadam* 20. *inſt. de actionibus* & ſaltem utile ſolius ſtrictæ poſſeſſionis ratione inter duos ereditores pignoratitios locum habet *dict. leg.* 1. §. *ſi duo* 6. & §. *inter eos* 12. inter duos qui precarium poſſident locum non habere confirmatur; ergo qui precariam poſſeſſionem rogavir ad differentiam creditoris non ſtrictam, ſed ſolum latam poſſeſſionem acquirit.

Sed adhuc ei, qui precariam poſſeſſionem rogavit, ſtrictam poſeſſionem acquiri contendimus, ut præter adductos ſupra rextus illud etiam evincit, quod ad ſtrictam poſſeſſionem transferendam mutuus dumtaxat tradentis, & accipientis animus exigitur; ſed ubi procaria poſſeſſio 5

ro-

gatur, ſtrictæ poſſeſſionis amittendæ, & acquirendæ uttrinque animus intercedit, ergo non poteſt non ſtricta poſſeſſio in precario rogantem transferri; rurſus hoc ipſum ſic oſtenditur. Qui precariam poſſeſſionem rogavit, utitur interdictis *uti poſſidetis*, *& unde vi leg.* 1. §. *poſſidetis leg. qui precario* 17. *de precario*, ſed hujuſmodi interdicta his competunt, qui ſtrictam poſſeſſionem habent, aut amiſerunt *leg.* 1. §. *quod ſervus* 22. *cum ſequenti de vi & vi armata leg.* 3. §. *creditores* §. *uti poſſidentis.* ergo qui precario rogavit, ut ſibi poſſidere liceret ſtrictam poſſeſſionem acquiret. Nec contrarium ſuperiores difficultates convincunt, quarum 10. omiſſa improbabili ſolutione Galvani *dict. cap.* 33 *num.* 7. melius reſponderi exiſtimo, quod per commodatum ſimpliciter, & abſolute contractum ad inſtar precarii ſolum poſſeſſio in accipientem transfertur, per commodatum autem reſpectu poſſeſſionis contractum ſtricta poſſio acquritur commodatario, nec enim com modati tirulus minus eſt efficax, quam precarii, ſed precarium ſtrictam poſſeſſionem transfert, ſi id inter partes actum ſit; ergo & commodatum accedit quod locationis titulus temporalis eſt ad ſimilitudinem commodati, & regulariter latam ſolum poſſeſſionem affert conductori, ut poſtea dicemus, & tamen ſi id inter contrahentes actum ſit, ſtrictam poſſeſſionem in conductorem transfert, ut probant textus in *leg. ſi pignus* 37. *de pignoratitia actione*, docent Petrus Faber in *leg. neque pignus* 45. *de regulis juris*, & D. Gonzalez in *cap. ſi diligenti* 17. *de præſcriptionibus num.* 3. ergo idem de commodato dicendum eſt, cum quilibet titulus tametſi temporaneus ad ſtrictam poſſionem transferendam ſit efficax, ſi id inter partes actum ſit 2. difficultatis ſolutionem in commodiorem locum rejicio, ubi an duo eandem rem poſſidere inſolidum poſſint, plenius tractabo. 3. Difficultati ab interpretibus omiſſæ, ut reſpondeam obſervo, quod licet is, qui præcario rogavit ſtrictam poſſeſſionem acquirat, non ideo civilem rei vindicationem poteſt exercere quæ non ſemper ex ſtricta naſcitur poſſeſſione, quidquid dicat D. Retes in manu ſcriptis ad noſtrum titulum *cap.* 3. *n.* 8. ut videre eſt in *bona fidei poſſeſſore*, qui etiam ante completam uſu capionem, ſtrictam habet poſſeſſionem civilem tamen vindicationem exercere non poteſt. *leg.* 1. §. 1. *de publiciana.* §. *namque ſibi* 4. *inſt. de actionibus*. ſtricta ſolùm poſſeſſio pignoritiü creditoris quamvis jure dominii deſtituta civilem rei vindicationem producit, quia non aliter creditoris ſecuritati conſultum eſset, quam ſi rem pignoratam poſſet à quocumque poſseſſore avocare, cum inutile, & nullum eſſe pignus dicatur, cujus perſecutio creditori denegatur in eleganti textu in *eg. ſi noxale* 27. *de noxalibus* ut cum judicio tradit Balduinus *de pignoribus*, *cap.* 14.

6 Ex quibus intelligo noviter dificilimum textum in *leg.* Pomponius 13. §. *ſi is, qui precario* 7. hoc titulo, quem nondum ſatis expoſui in *accademicis de uſucapionibus cap.* 4. *n.* 27. ſeries textus ſic ſe habet, qui juſto titulo munitus cæperat uſu capere, poſſeſſionem alteri conceſſit, quæritur an ad percipiendam uſu capionem acceſſione poſſeſſionis uti non poſſit ex perſona ejus, cui precario conceſſit; & reſpondet Ulpianus quandiu manet precarium acceſſione poſſeſſionis uti non poſſe, ſi tamen receperit poſſeſſionem, rupto precario, recte utitur acceſſione poſſeſſionis, ergo per precarii poſſeſſionem ſtricta poſſeſſio in precario rogantem transfertur, alioquin is, qui precario conceſſit, eo etiam manente, uſucaperet, nec poſſeſſionis acceſſione indigeret; illud tamen difficile eſt quod precarii poſſeſſio, quamvis ſtricta & juſta, inefficax eſt ad uſucapionem ex defectu tituli *dict. leg.* 13. §. 1. *de publiciana leg.* 6. *in principio pro emptore*, ſed ad inducendam acceſſionem poſſeſſionis, utramque poſſeſſionem juſtam eſſe ad uſucapionem requiritur, ut probare videtur textus in *dict. leg.* 13. §. 1. *& ult. hoc titulo* precaria igitur poſſeſſio ad ejus qui precario conceſſit poſſeſſionem accedere non debet. Qua difficultate oppreſsus Galvanus *dict. cap.* 33. *n.* 7. aſſerit, quod is, qui precario conceſſit, ubi poſſeſſionem recuperavit, non quidem utitur acceſſione poſſeſſionis, ſed medio etiam tempore retro fingitur poſsediſse per mediam perſonam ejus, cui precarium conceſſit, qui veluti quidam commodatarius non proprio ſed alieno nomine poſſediſſe intelligitur; verum hæc ſolutio præterquam quod ipſius textus littera condicit, in qua poſſeſſionis acceſſioni locum, eſſe præcipue deciditur, ex eo etiam rejicitur, quod poſſeſsio ut pote quæ in facto conſiſtit ut poſt noſtrum Valentiam *dict. leg.* 1. *in* 2. *cap.* 2. *ex n.* 31. docent Cheſius 1. *int. cap.* 50. *n.* 122. & Aſin ad *rubr. C. de uſucapionibus pro emptore*, *ex n.* 196. Fictiones non admittit, qua propter captiones, qui reverſus priſtina jura recipit, nec retro poſſediſſe, nec magis uſucapionem continuaſſe intelligitur *leg. denique* 19. ex quibus cauſis major. *leg. in belle* 12. §. *facti.* 2. *de captionibus junctis quæ dixi in tractatu de uſucapionibus dixi cap.* 4. *num.* 12. *& num.* 20. *cum duobus ſequentibus*, ergo qui poſſeſſionem recipit rupto precario non poteſt retro fingi medio tempore poſsediſse.

Quamobrem exiſtimo, quod precaria poſſe- 7
ſsio, quamvis juſta non ſit ad uſucapionem, quia tamen vitioſa non eſt, rupto precario utiliter accedit quoad cauſam uſucapionis poſseſsionis ejus, qui precario conceſsit, quia ad inducendam acceſsionem poſseſsionis requiritur quidem utramque poſſeſsionem vitioſam non eſse, quod ſolum probat, qui Galvanum decepit textus *in dict. leg.* 13. §. 1. *& ult. hoc titulo*, non tamen utramque juſtam eſse exigitur ad uſucapionem, quia in ejus perſona, qui incipit, & perficit uſucapionem, juſta ad uſucapionem poſseſsio deſideratur, inter mediam autem ejus qui uſucapere non intendit, poſseſsionem vitioſam non eſſe ſufficit quamvis juſta ad uſucapionem non ſit. Hujus doctrinæ elegans exemplum occurrit in *uſucapione* 15. §. *item* 4. *verſiculo etſi ventris de diverſis, & temp. præſcript.* ubi intermedia poſseſsio ejus, qui rei ſervandæ cauſa in poſseſsionem miſſus eſt, licet juſta ad uſucapionem non ſit, quia vitioſa non eſt, emptoris poſseſſioni conjungitur. Aliud etiam exemplum ſtat in *leg. ſi hominem* 19. *de uſucap. leg.* 6. §. 1. *de diverſis & temp. præſcript.* in quibus qui rem, quam uſucapere cæperat, ſub reſolutiva conditione diſtra-

xit, ſi reſoluto poſtea contractu, poſſeſsionem recuperaverit. utitur acceſsione poſſeſsionis ex perſona emptoris, cum tamen reſolutio nullum contractus veſtigium relinquat, & efficiat, ut emptoris poſſeſsio ab initio juſto titulo deſtituta retrocedat *leg. 4. §. ſed & Marcellus 3. de in diem additione cum ſimilibus* ejus acceſsio non alia ratione inducitur, quam quia vitioſa non fuit, quamquam principia hæc non attendens contraria perſuadere velit D. Retes 3. *opuſculorum. ad leg. 14. §. 1. de diverſis & tem. præſcript n. 1. & 2.* ſimiliter ergo intermedia precaria poſſeſsio, quamvis juſta ad uſucapionem non ſit, quia vitioſa non eſt, debet quoad cauſam uſucapionis accedere poſſeſsioni ejus, qui precario conceſsit, & continuum juſtum titulum habuit, ut pote quem per precarii conceſsionem non amittit.

8 Quod de precario rogante diximus, de ſequeſtro etiam dicendum eſſe cenſemus, etſi etenim valde controverſum ſit, an ſequeſter rem proprio vel alieno nomine detineat, & ſic an late vel ſtricte poſsideat? pluribus interpretum opinionibus omiſsis ſequens erit tenenda diſtinctio; aut res penes ſequeſtrum ſimpliciter cuſtodiæ cauſa deponitur, & lata ſolum poſſeſsio quæ ad ipſius rei religioſam cuſtodiam eſt neceſſaria, in ſequeſtrum transfertur, aut id expreſſe inter litigantes actum eſt, ut ipſa poſſeſſio ſequſtretur, & tunc ſtrictam poſſeſſionem ſequeſter acquirit, quia rem proprio nomine detinet, licet domini affectionem non habeat, ut tradunt præter plures, quos refert, & ſequitur D. Gonzalez in *cap. ult. de ſequeſtr. poſſ. & fruct. n. 5.* Galvanus *dict. cap. 33. num. 7.* & Oroz. *dict. titulo 4. cap. 3. num. 4.* quorum ſententia expreſſe probatur ex *leg. licet 17. §. 1. depoſiti*, ubi aſſeritur, quod rei depoſitæ poſſeſſio ſtricta ſcilicet, remanet penes deponentem, niſi apud ſequeſtrum ſit depoſita, tunc enim cum ſequeſtrum dimittendæ, & transferendæ poſſeſſionis cauſa fuit, ſtrictam poſſeſſionem ſequeſter acquirit; hoc ipſum deſcribit Julianus in difficili textu nova nunc luce illuſtrando in *leg. intereſſe 39. hoc titulo* ubi nihil intereſſe docet quâ mente apud ſequeſtrum res deponatur; nam ſi amittendæ poſſeſſionis animo, quod tunc ſolum verificatur, cum id à litiganribus ſpecialiter actum eſt, ſtricta poſſeſſio ſequeſtro acquiritur, quæ partibus ad uſucapionem non prodeſt. Si vero cuſtodiæ duntaxat cauſa lata ſolum poſſeſſio in ſequeſtrum transfertur, quæ ad uſucapionem prodeſt victori: ergo licet ſimplex ſequeſtrum cuſtodiam tantum, & latam poſſeſſionem afferat ſequeſtro, per ſpeciale tamen poſſeſſionis ſequeſtrum ſtricta poſſeſſio transfertur. Sed quando in textum in *dict. leg. 39. hoc titulo* incidimus diſſimulare nefas eſſet ingentem difficultatem, quæ ex ſupra dictis occurrit; diximus *num.* 7. intermediam precariam poſſeſſionem, quæ juſta ad uſucapionem non eſt, ex eo ſolum accedere poſſeſſioni, ejus, qui precario conceſſit, quia vitioſa non eſt ſed intermedia ſequeſtri poſſeſſio, quamvis juſta ad uſucapionem non ſit vitioſa tamen non eſt: ergo ubi res litigioſa omittendæ poſſeſſionis animo apud ſequeſtrum deponitur, intermedia ſequeſtri poſſeſſio, debet victoris poſſeſſioni accedere juxta deciſionem Juliani in *dict. leg.* 39.

Pro cujus objectionis ſolutione, reſpondeo, 9
quod ſi omittendæ poſſeſſionis animo res apud ſequeſtrum ſit depoſita, media ſequeſtri poſſeſſio accedit poſſeſsioni victoris, qui ante factum ſequeſtrum cœperat uſucapere, ut convincitur ex *dict. cap. 7.* nec contrarium aſſirmat Julianus in *dict. leg. 39.* qui ſolum aſſerit ſequeſtri poſſeſſionem partibus ad uſucapionem non prodeſſe, quod meo judicio longe diverſum eſt. Media ſequeſtri poſſeſſio ad uſucapionem partibus non prodeſt ita ut dixi per mediam ſequeſtri perſonam poſſediſſe videatur, ut clarius ſe explicat Florentinus in *dict. leg. depoſiti*, dum ait tempus, quo penes ſequeſtrum fuerit poſſeſſio neutrius ex litigantibus poſſeſsioni prodeſſe. Id eſt neutrum ex litigantibus intelligi per mediam ſequeſtri perſonam poſſediſse, prodeſt tamen ſequeſtri poſſeſsio acceſſionis ratione, ita ut victor ſequeſtri poſſeſſionem poſſit ſuæ poſſeſſioni conjungere, & hanc eſse mentem Juliani ex ipſo textu deduco, ubi ſi cuſtodiæ cauſa res depoſita fuerit, lata ſequeſtri poſſeſsio victori ad uſucapionem procedere dicitur, quo ſane caſu, nemo dixerit acceſsioni poſſeſſionis locum eſſe, ſed victorem per mediam ſequeſtri perſonam ſtricte poſſediſſe, & ex propria perſona uſucapionem continuaſſe ex regula textus in *dict. leg. 18. in principio hoc titulo, cum vulgatis*: ergo quod in caſu contrario ſtrictæ poſſeſſionis penes ſequeſtrum depoſitæ Julianus ſcripſit ſequeſtri poſſeſſionem partibus non prodeſſe, non eſt ad acceſſionem poſſeſſionis referendum, ſed ſic accipiendum quaſi expreſſius Julianus dixiſſet, victorem non intelligi per mediam ſequeſtri perſonam poſſediſſe. Sed inquires, & merito, quidnam refert an victor acceſſione poſſeſſionis utatur ex perſona ſequeſtri, an vero per mediam ejus perſonam intelligatur poſſediſſe cum admiſſa ſemel acceſſione poſſeſsionis, perinde uſucapionem poſsit continuare, ac ſi per mediam ſequeſtri perſonam poſſediſſet? Reſpondeo & forſan non inſubtiliter inter hæc duo plurimum intereſſe, quippe ſi per mediam ſequeſtri perſonam poſſediſſet, victor intelligeretur etiam ante recuperatam detentionem uſucapionem poſſe perficere, & licet ejus recuperatæ tempore malam fidem haberet, poſſet tamen uſucapionem continuare quia ſuper veniens mala fides rectè captæ uſucapionis curſura non ſiſtit, ubi quis per ſe vel per alium continuo poſſedit *leg. bona fidei 48. §. 1. de acquirendo rerum dominio*; atqui per ſequeſtrum non intelligitur poſſediſſe, ſed ex ejus perſona utitur acceſsione poſſeſsionis, nec uſucapionem poterit ante recuperatam poſſeſſionem perficere *dict. leg. 13. §. 7. hoc titulo*, nec eam aliter continuare, quam ſi recuperatæ poſſeſsionis tempore bonam fidem habuerit ex eleganti regula textus in *leg. qui fundum 7. §. qui bona fide 4. verſiculo quare pro emptore* quam ſpecioſam certe differentiam conſiderans Julianus in *dict. leg. 39.* aſſerit quod ſi ſtricta poſſeſsio penes ſequeſtrum ſit depoſita, intermedia hujuſmodi poſſeſsio ad uſucapionem victori non procedens, quaſi ipſe medio tempore poſſederit, prodeſt tamen ratione indicans, quod ante recuperatam poſſeſſionem victor nec uſucapionem poteſt perficere,

nec continuare, quam ſi recuperationis tempore bonam fidem habuerit, ad differentiam alterius caſus ſcilicet apud ſequeſtrum cuſtodiæ cauſa depoſitæ, in quo victor, ut pote continua poſſeſsione munitus,& ante recuperatam poſſeſsionem uſucapionem implere, & recuperationem licet malam fidem habuerit, poterit continuare quæ procul dubio Juliani ſententia eſt, ab interpretibus non intellecta.

10 Jam, ut poſt non injucundum diverticulum præfixam methodum proſequamur, de lata poſſeſsione videamus, quam hi omnes babere dicuntur, qui res non proprio ſed alieno nomine detinent, quales regulariter ſunt conductores, depoſitarii & commodatarii *dict. leg. 7. §. nec colonis 11. communi dividendo dict. leg. 3. §. ult. cum leg. ſeq. ad exhibendam leg. videamus 38. §. ſi poſſeſſionem 10. de uſuris leg. 2. §. 1. C. communia de uſucapione leg. 2. C. de præſcript. 50. vel. 40. annorum*, & qui ſæpe non poſſidere, aut in poſeſsione tantum eſse dicuntur *leg. officium 9. de rei vindicatione leg. 3. §. ſed ſi is 20. dict. leg. 10. §. 1. hoc titulo dict. leg. 33. §. 1. circa finem de uſucapione. leg. inficiando 67. de furtis*, co ſolum pertinet, ut non ſtricte, ſed late ſolum poſſidere denotetur, ut latius proſequitur videndus Galvanus *dict. cap. 33. num. 6. & aliis* etenim recte diſcuſſa tranſcribere, nec moris nec inſtituti noſtri eſt, ſed conſtat, quod interdictum unde vi illis duntaxat competit, qui violentæ dejectionis tempore ſtrictam poſeſsionem habuerunt, *leg. 1. §. interdictum 23. & §. non alii 45. de vi & vi armata, & tamen colono competere dicitur in leg. colonus 12. & in leg. quod fundum §. eodem titulo.* ſtricta igitur poſeſsio reſidet penes colonum, cui difficultati, ut reſpondeam prius animadverto duplex eſſe interdictum, unde vi, aliud quotidianum, ſeu de vi privata alterum vero publicum, ſeu de vi armata, & inter plures differentias, quæ inter duo hæc interdicta verſantur; illam non inelegantem eſſe, quod interdictum quotidianum ei ſolum accommodatur, qui ſtrictam poſeſsionem habuit, quamvis ſi quis ſtrictam poſeſsionem habuerit, eas etiam res, quas ſimul cum fundo late duntaxat poſſidebat, poſſit per hujuſmodi interdictum recuperare propter expreſſa prætoris verba *dict. leg. 1. §. quod autem 33. de vi & vi armata.* publicum autem ratione atrocioris delicti ei etiam qui latam poſſeſſionem habuit, tribuitur, ut expreſſo Ciceronis loco, & quibuſdam conjecturis docuerunt Cujacius ad titulum *unde vi don. 15. com. cap. 31. ubi* Oſual. *littera B. Giſan. ad leg. 1. C. unde vi*, in quo ſimile eſt interdictum de vi armata interdicto, *quod vi, aut clam.* quod cum iis competat quo cum intereſt opus factum non eſſe *leg. is qui 11. §. ult. quod vi aut clam.* his etiam accommodatur qui latam poſſeſsionem habuerunt, dum modo eorum interſit fructuum nomine propter arbores ſuccisas: *leg. numquam 11. textus ſic intelligendus in leg. competit 16. leg. interdictum 19. juncta leg. 7. §. notavimus 5. eodem titulo*, quibus animadverſis breviter reſpondeo quotidianum interdictum, ſeu de vi privata colono regulariter non competere ex ſtrictæ poſſeſsionis defectu *dict. leg. 1. §. denique 10. in fine leg. ult. de vi & vi armata.* in textibus ſupra expenſis ideo ei aecommodari, quia cum emptore fundi, quem dominus in poſſeſſionem mittebat, expuliſſet, ipſum dominum dejeciſſe videtur & proptio nomine ſeu ſtricte poſſidere cæpit, quapropter adverſus emptorem à quo ipſe poſtea dejectus eſt, interdictum poteſt exercere ex regula textus in *dict. leg. 1. §. quia me 30. de vi & vi armata juncta leg. ult. hoc titulo* docent Menoch. *de recup. poſſeſ. remedio 1. ex n. 62.* Covarruv. *titulo 1. variar. cap. 17. n. 6.* Cujacius *lib. 26. quæſtionum* Papiniani *dict. leg. 18. de vi & vi arma.* Donell. *dict. titulo 15. commentariorum cap. 31.*

11 Hi etiam qui ex 1. decreto in poſeſsionem à prætore mittuntur, latam ſolum poſſeſsionem acquirunt *leg. adium 23. de peculio leg. 5. in principio, ut in poſſeſſionem legatorum leg. 1. & per totum titulum ex quibus cauſis in poſſeſſionem eatur cum ſimilibus.* Stricte autem non poſſident juxta textus ſic intelligendos in *dict. leg. 9. de rei vindicatione. dict. leg. 3. §. ult. hoc titulo cum aliis pluribus*, etſi pretorium pignus nanciſcatur *leg. non eſt mirum 26. de pignoraritia actione. leg. 1. & 2. C. de prætorio pignore*, affectum tamen ſibi detinendi non habent, immo eorum affectus non poteſt eſſe ultra prætoris animum, qui non agit de ſtricta poſeſſione transferenda, ſed de rei cuſtodia, ſeu lata poſeſsione, ut reus tædio alienæ detentionis affectus compareat ut cautionem præſtet. *dict. leg. ult. ut in poſſeſſione legatorum*, hinc ubi poſſidentis interdictum exercere non poſſunt *dict. leg. 3. §. creditores 8. uti poſſidetis* quamvis latam poſeſsionem adipiſci, retinere, aut recuperare non prohibentur, per aliud interdictum de quo in *leg. 1. & per totum titulum ne vis fiat ei*, qui in poſſeſſionem miſſus, fruſtra etenim in poſeſsionem prætor mitteret rei ſervandæ cauſa, niſi miſſos tueretur, & prohibentes venire in poſeſsionem coerceret, ut ait Ulpiamus in *dict leg. 1. §. 1. nec obſtat* quod ex nova Juſtiniani couſtitutione in *dict. leg. 2. C. de prætorio pignore*, quaſi hipothecaria in rem actio ei qui in poſſeſsionem miſſus eſt, competat, nam ut docet Cujacius in *dict. leg. 2.* id ſola benignitatis ratione ductus noviter Juſtinianus ſtatuit ad hypothecariæ actionis exemplum, ut quemadmodum conventionalis creditot hypothecas abſque ulla poſſeſſione, proſequitur *dict. leg. 17. §. 2. de pactis*, ſic & actor, quamvis latam ſolum poſſeſsionem habeat prætorium pignus proſequitur, nonnulli tamen ſunt caſus, in quibus propter peculiares rationes per ptimum prætotis decretum ſtricta poſſeſsio transferatur, ut in *dict. leg. 5. §. imperator 16. ut in poſſeſſionem legatorum, leg. à quo fundus 45. de damno infecto. dict. leg. 15. §. 4. verius etſi ventris, de diverſis & temporalibus præſcriptionibus & in juribus*, quæ cum pluribus explicat D. Gonzalez in *cap. 3.* ut late non conteſtata ex *num. 18. uſque ad num. 25*

12 Ex his omnibus in celebrem illam quæſtionem incidimus utrum ſcilicet uſusfructuarius latam aut ſtrictam poſſeſſionem habuit: quam ſub ſequenti diſtinctione reſolvimus, aut quæritur de re ipſa in qua uſusfructus conſiſtit, aut de ipſo jure uſusfructus, quatenus perſonalis ſervitus eſt, rem ipſam in qua uſusfructus conſiſtit, late quidem poſſidet uſusfructuarius, *leg. cujuſcumque 60. §. 1. de uſufructu. leg. ult. in*

fine principii. leg. ult. ſi uſusfructus petatur leg. naturaliter 12. *leg. poſſeſſio* 49. *hoc titulo*, ſtricte autem non poſſider, quia proprietarii nomine detinet, ut probant commodiori loco ex ponendi textus. in *leg. quiſquis* 28. *C. de donationibus, & in leg. ult. C. de Theodoſiano eodem titulo*, & in hoc ſenſu poſſidere negatur in *leg. ſervius* 5. §. 1. *ad exhibendum, & in dict. leg.* 6. §. 2. *de precario, tradunt Galvanus de uſufructu cap.* 34. *uſque ad num.* 7. Bachovius *d. diſputatione* 21. *theſi* 4. *littera* D. & eandem fere ſententiam docuerunt Cujacius *titulo* 9. *obſervationum cap.* 23. *& titulo* 18. *cap.* 24. Donellus *ad leg.* 7. *C. unde vi*, Antonius Faber *in rationali* ad textum *in dict. leg.* 5. §. 1. *ad cohibendum* Valentia *dict. titulo* 1. *tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 43. *cum ſequenti* Amaya *titulo* 2. *obſervationum cap.* 7. *num.* 31. quibus & recentiores anteceſſores conſentiunt, illud tamen diſſimulare non poſſum, quod eorum plerique non ex bona fide in hujus ſententiæ confirmatione expendunt textus in *leg. penult.* §. 1. *in fine: qui ſatis dare cogantur. leg. acquiruntur* 10. §. *ult. de acquirendo rerum dominio.* §. *de his autem, verſiculo fructuarius. inſt. per quas perſonas nobis acquiritur leg.* 1. §. *per enm* 8. *hoc titulo* in quibus licet fructuarius non poſſidere dicatur, nihil tamen circa latam, aut ſtrictam poſſeſſionem ejus deciditur, ſed ſolum de juſta poſſeſſione eum jure, aut affectione dominii tractatur, qualis profecto requiritur ad evitandam judicio ſiſti ſatisdationem, ad cauſam uſucaptionis, & poſſeſſionis per ſervum acquirendæ, quæ quidem poſſeſſio non ſolum fructuario denegatur, ſed & iis, qui ſtricte, ſine jure tamen, aut affectione dominii poſſident *dict. leg. penult.* §. *creditor* 2. *qui ſatisdare cogantur dic. leg.* 13. *de uſucapionibus dict. leg.* 1. §. *per ſervum* 15. *hoc titulo.*

Sed licet fructuarius rem, cujus habet uſum-
13 fructum, late dumtaxat poſſideat, jus tamen uſusfructus impropriè quidem ſed ſtricte poſſider, improprie quia jus uſusfructus incorporale eſt, incorporalia autem ſicuti propriè non detinentur, ſic nec proprie poſſidentur, ſed quaſi poſſidentur, *leg.* 1. *ait prætor* 23. §. *item ei* 2. ex quibus cauſis majores *leg. ult. de ſervitutibus leg. ſi ædes* 32. §. 1. *de ſervitutibus urbanorum prædiorum*, textus ſic intelligendi & conciliandi inter ſe in *leg. regulariter* 9. *de hereditatis petitione leg.* 2. *communia prædiorum. leg.* 3. *in principio hoc titulo leg.* 4. §. *ſi viam* 27. *de uſucapionibus. leg.* 1. §. *unde* 8. *quod legatorum leg.* 2. §. *ult. de precario*, ſtricte, quia proprio, non alieno nomine quaſi poſſidet, cum uſusfructus, tamquam ſervitus perſonalis nec fructuarii perſonam egredi, nec ad dominum proprietatis poſſit pertinere ex regula textus in *dict. leg.* 5. *in principio*, ſi uſusfructus petatur. Hinc publiciana, quæ datur ad avocandam poſſeſſionem, ei qui ſolum accommodatur, qui ſtricte juſteque poſſidet, competit pro uſufructu *leg. ſi ego* 11. §. 1. *de publiciana*, & jus ipſum uſufructus per longam poſſeſſionem acquiritur *leg. ult. C. de præſcriptionibus longi temporis*, quin immo & fructuario ea interdicta accommodantur, quæ ſtrictam poſſeſſionem deſiderant, qualia ſunt unde vi, & ubi *poſſideris. leg. aquilius* 27. *de donationibus. leg.* 3. §. *unde vi* 13. *cum quatuor ſequentibus leg. ſi plures* 9. §. 1. *cum leg. ſequenti de vi & vi armata, leg. ult. uti poſſidetis*, tradunt Cujacius *titulo* 10. *obſervationum cap.* 16. *& titulo* 27. *quæſtionum* Papiniani in *dict. leg.* 27. *de donationibus.* Galvanus *dict. cap.* 34. *num.* 10. *cum ſequenti & num.* 13. Valentia *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 10. nec obſtat quod in *dict. leg. quod vi aut clam.* fructuarius æquiparatur colono, qui latè dumtaxat poſſidet nam æqueratio ſolum procedit quoad interdictum, quod vi, aut clam, quod omnibus competat, quorum intereſt opus factum non eſſe, ſive ſtricte, ſive late poſſideant, ut dixi *n.* 10.

Hanc tamen jam pridem receptam in ſchola noſtra ſententiam acriter evertere conatur, qui 14
innatam habuit à Salmantinis præceptoribus diſſentiendi libidinem Oroz *dict. lib.* 4. *cap.* 4. *ex num.* 7. contendens fructuarium non modo uſumfructum, ſed rem ipſam, cujus habet uſumfructum ſtricte poſſidere, expendit 1. textum in *leg. fructuarius* 21. *quemadmodum ſervitutes amittantur*, ubi fructuarius rem proprio nomine dicitur detinere: ergo ſtricte rem ipſam poſſidet: deinde ſic arguit, plus juris habet fructuarius, quam creditor pignoratitius, aut is qui precario rogavit, cum uſusfructus pars dominii paſſim dicatur *leg.* 4. *de uſufructu, leg. in venditione* 8. *de rebus authoritate judicis poſſidendis*, precarium autem & pignus nihil habeant cum dominio commune, ſed creditor pignoratitius, & qui præcariam poſſeſſionem rogavit, ſtricte poſſident ut ſupra vidimus: ergo fortiori ratione fructuarius ſtrictam obtinet poſſeſſionem. Ex eo tandem movetur, quod interdicta unde vi, & uti poſſidetis, dumtaxat competunt ſtrictis poſſeſſoribus ſoli, vel rei, quæ ſolo cohæret *leg.* 1. §. *hoc interdictum* 3. *cum.* 5. *ſequentibus* de vi & vi *armata*, *leg.* 1. §. 1. *&* §. *hoc interdictum* 8. *uti poſſidetis.* §. *retinendæ. inſt. de interdictis*, ſed uſusfructus tamquam res incorporalis, & inter res immobiles recenſeri non poteſt: ergo fructuarius, cui hujuſmodi interdicta competere dicuntur, ut *anteriori num.* diximus, prædium ipſum, cujus habet uſumfructum ſtricte poſſidet, alioquin ſola ſtricta uſusfructus quaſi poſſeſſio non ſufficeret ut interdicta, quæ ſtrictam rerum immobilium exigunt poſſeſſionem fructuario cõpeterent: potuiſſet etiam inducere elegantem nec vulgarem ad rem textum in *leg. Pompon.* 29. *quibus modis uſusfructus amittatur*, ubi proprietarius, qui fructum ab uſufructuario conduxit, ejus nomine frui dicitur, ergo fructuarius rem proprio nomine detinet, ac proinde ſtricte poſſidet, ſed ut anteriores noſtros ab hujuſmodi calumniis vindicemus, priori difficultati reſpondendum, textum in *dict. leg.* 21. *quemadmodum ſervitutes amittantur*, noſtram potius ſententiam fulcire. Nec enim ſcribit Paulus, fructuarium rem ipſam, cum habet uſumfructum proprio nomine detinere, ſed ſervitute prædio ipſi acquiſita, proprio nomine uti ut conſtat ex *leg.* 20. *præced. ejuſdem tituli* quia licet non proprio, ſed alieno proprietarii ſcilicet nomine prædio debitam ſervitutem poſſit vindicare juxta textus, ſic in concordiam redigendos in *leg.* 1. *in principio leg.* 5. §. 1. *uſus fructus petatur leg. unic.* §. *item Juliano* 4. *de remiſſionibus.* Ex ſententia Galvani de uſufructu *cap.* 36. *per totum*, ſervitute tamen prædio debita, quatenus ad uſumfructum eſt neceſſaria, proprio nomine utitur *dict. leg.* 1. *in*

ſine principii , & §. 1. cum ſequentibus , ſi uſuſfructus petatur , ſicuti & ipſum uſumfructum proprio nomine quaſi poſſidet , ſimiliter in *dict. leg.* 29. *quibuſmodis uſufructus amittatur* , proprietarius qui fundum ab uſufructuario conduxit , non fructuarium fundum detinere , ſed fructus percipere dicitur , quia nou nudæ proprietatis ſed ſolius conductionis ratione percipit, & ſic fructuarii nomine qui nou facta locatione eos proprios uſufructus jure perciperet.

15 Secundæ difficultatis ſolutio ex ſupra dictis principiis deſcendit : etenim cum in dubio nullus ſtrictam poſſeſſionem amittere , & iu alium transferre velle credatur,niſi id exigat natura actus , qui geritur & ad uſumfructum ſtricta ipſius rei poſſeſſio non ſit neceſſaria, ſed lata ſufficiat , quemadmodum ad uſum rei commodatæ , & ad cuſtodiam rei depoſitæ in uſu fructu conſtituendo , non de ſtricta ſed lata ſolum poſſeſſione in fructuarium transferenda tractatur ad differentiam pignoris , cujus natura præciſe deſiderat , ut ſtricta poſſeſſio iu pignoraritium creditorem transferatur , nec diſſimilis ab uſufructu eſt cauſa precarii, iu quo regulariter lata ſolum poſſeſſio quæ ad uſum eſt neceſſaria , transfertur , niſi ſtricta ipſa poſſeſſio ſpecialiter precario rogata proponatur , ut dixi *num.* 4. quod & in uſufructu contingeret, ſi de ſtricta poſſeſſione in fructuarium transferenda in ejus conſtitutione ſpecialiter ageretur , nec quod plus juris habeat fructuarius , quam piguoratitius creditor , quidquam facit, id namque verum eſt reſpectu ipſius juris utendi , & fruendi non ſtrictæ poſſeſſionis intuitu.

Tertiæ difficultati reſpondeo , quod interdicta unde vi, & uti poſſidetis non tantum competunt ſtrictis ſolis poſſeſſoribus , ſed & his qui eum ſolum ipſum late poſſideant , jus tamen aliquando in ſolo ſtrictè quaſi poſſideut ,quales ſunt fructuarii , licet enim ſive in re mobili , ſive in immobili uſusfructus conſiſtat , jus ipſum utendi , & fruendi incorporale ſemper ſit, rerum tamen mobilium & immobilium uſusfructus diverſo jure cenſentur , ut ex eo conſtat , quod aute novam Juſtiniani conſtitutionem in *leg. corruptionem* 16. §. 1. *in fine C. de uſufructu , & in leg. ſicut* 13. *C. de ſervitutibus :* non utendo uſusfructus amittebatur , ſi poſſeſſione fuudi lata , ſcilicet non ſtricta biennio fructuarius uteretur , rei mobilis anuo , ut docet Paulus titulo 3. *ſententiarum titulo 6. de legatis* §. *non utendo* 29. hoc ipſum quoad ſuperiora interdicta ſervatur , quæ ſicuti immobilium dumtaxat rerum , ſtrictis poſſeſſoribus competunt , ſic & ſolis immobilium rerum fructuariis propter ſtrictam quaſi uſusfructus poſſeſſionem accommodatur , ut directè Ulpianus reſpondet in *dict. leg.* 3. §. *pertinet* 15. *verſiculo conſequenter de vi & vi armata.*

16 Expoſita jam prima diviſioue poſſeſſionis. Secunda ſuccedit in civilem & naturalem *dict. leg.* §. *ult. ad exhibendum dict. leg.* 2. §. *pro hærede* 1. *leg.* 1. §. *creditor* 9. *de vi & vi armata. leg. ſtipulatio* 38. §. *hac quoque* 7. *de verborum obligationibus* , quænam autem civilis , & naturalis poſſeſſio ſit , & quatenus hujuſmodi ſpecies diſtinguautur , ſummè controverſa res eſt , pro cujus reſolutione , variis interpretum opiuionibus omiſſis , quas ex dicendis convincere quilibet poterit , dicendum exiſtimo , civilem poſſeſſionem eſſe , quæ in terminis naturalis detentionis non ſiſtit , ſed *dict. leg.* privata civilem aliquem effectum producit , qualis eſt ſtricta poſſeſſio penes dominum exiſtens , aut apud eum , qui juſto titulo munitus ſe dominum eſſe exiſtimat , quæ civilem uſucapiendi præſtat facultatem , & ſimiliter ſtricta uſusfructus quaſi poſſeſſio , quæ civilem confeſſoriam producit actionem , de qua in *leg.* 1. *& per totum titulum ſi uſusfructus petatur* , ſatis etiam eſt ſtricta poſſeſſio reſidens penes creditorem pignoratitium , quamvis omni affectione dominii deſtituta , quæ civilem parit vindicationem adverſus tertios rei pignoratæ poſſeſſores *dict. leg.* 16. §. 3. *leg. in vindicatione* 30. *de pignoribus cum ſimilibus* aſſumptum probat , qui immerito Galvanum *de uſufructu dict. cap.* 33. *num.* 11. in contrariam ſententiam abire coegit. textus *in dict. leg.* 3. §. *ult. cum leg. ſequenti ad exhibendum* , ait Ulpianus in *dict.* §. *ult.* actione ad exhibendum adverſus eum poſſe exerceri , qui civiliter , vel naturaliter incumbit poſſeſſioni, &ex eo infert pignoratitium creditorem ad exhibendum teneri. Subjungit Pomponius io *leg.* 4. *ſequenti.* nam & cum eo , ad quem depoſita , vel cui commodata vel locata res ſit , agi poteſt. Ergo ex mente Ulpiani & Pomponii diverſa eſt poſſeſſio creditoris pignoratitii à poſſeſſione conductoris , commodatarii , & depoſitarii , tunc ſic , ſed depoſitarii , commodatarii , & conductoris poſſeſſio naturalis dumtaxat eſt , ut ſtatim videbimus : ergo piguoratitii creditoris poſſeſſio civilis eſt. Sic fere eos textus cum judicio explicat Oroz *dict. libro* 4. *cap.* 5. *num.* 5. nec contrarium ſentit Papinianus , qui in *leg. debitor* 40. §. *ult. de pignoratitia actione* pignoris poſſeſſionem penes creditorem exiſtere corporalem , dixit , non quaſi civilis non ſit , ſed ut indicaret pignus non nuda conventione , ſed traditione fuiſſe contractum , & ſic pignoratitiæ actionis , quæ ex ſolo pigoore tradito deſcendit ſoluta pecunia exercendæ terminos habiles exprimeret , ut docet Valentia *dict. lib.* 1. *tractatu* 2. *cap.* 11. *num.* 44.

Naturalem ex contrario poſſeſſionem illam 17
eſſe cenſeo , quæ intra naturalis detentionis termioos concluſa , & civili approbatione deſtituta , civilem nullum effectum producit , qualis lata omnis poſſeſſio eſt ; quapropter coloni , commodatarii , depoſitarii , fructuarii , & iis ſimiles , quos latè dumtaxat poſſidere , in ſuperioribus docuimus , naturaliter poſſidere dicuntur in *dict. l.* 7. §. 11. *communi dividundo , dict. l.* 3. §. *ult. cum leg. ſequenti ad exhibendum dict. l.* 38. §. 10. *de uſuris , dict. l.* 12. *dict. l.* 49. *hoc tit. dict. l.* 2. §. 1. *pro herede dict. l.* 38. §. 7. *cum ſequenti de verborum obligationibus* : ſed obſtat , quod coloni nullam poſſeſſionem habere dicuntur in *l.* 33. §. 1. *circa finem de uſucapionibus.* Ergo nec naturaliter poſſident, creſcit difficultas ex difficili textu in *dict. l.* 1. §. 9. *cum ſequenti de vi & vi armata dicitur in dict.* §. 9. ei qui violentæ dejectionis tempore , civiliter , aut naturaliter poſſidebat unde vi interdictum competere ; quia naturalis poſſeſſio ad hoc interdictum pertinet , & illico in §. 10. ſequenti colono per vim expulſo hujusmodi interdictum denegatur. Ergo colonus nec naturalem obtinet poſſeſſionem : reſpondendum tamen eſt quod dicitur colonum nullam poſſeſ-

ſionem habere, de ſtricta poſſeſſione accipiendum eſſe, non de lata, quam naturalem nunc appellamus, quemadmodum & in eodem ſenſu omnes, qui latè dumtaxat poſſident, quaſi non poſſidere, etſi quatenùs ſtrictè non poſſident, ſæpiùs animadvertimus. Difficilior quidem eſt textus in *dict. l. 5. §. 9. cum ſequenti*, qui tamen omiſſa ſolutione, quam excogitavit Oroz *dict. lib. 4. cap. 5. n.* 10. meo judicio noſtram ſententiam confirmat, ut ex eo agnoſcitur, quod à regula, quam conſultus ſcripſerat §. 9. ſcilicet quod interdictum unde vi ei competit, qui civiliter vel naturaliter poſſidebat, excipit colonum in *dict.* §. 10. ſed exceptio omnis debet eſſe de regula *l. 4. de penu legata*: ergo ex mente conſulti, colonus naturalem obtinet poſſeſſionem, ejus autem exceptionis ratio ex eo derivatur, quod hujuſmodi interdictum ſtrictis ſolum poſſeſſoribus competit, ut ſuprà diximus, coloni autem poſſeſſio licet naturalis, non ſtricta, ſed lata dumtaxat eſt, & ideò per vim expulſo colono, interdictum non ipſi colono, qui latè ſolum poſſidebat, ſed locatori qui per colonum ſtrictè poſſidebat, accommodatur *dict. l. ult. de vi & vi armata* junctis *quæ dixi n.* 10.

18 Strictè etiam poſſeſſio illa, quæ civilem nullum effectum producit, naturalis eſt, non civilis, veluti precario ſpecialiter rogata poſſeſſio, idemque affirmo de ſtricta poſſeſſione penes ſequeſtrum, aut alium expreſsè depoſita, aut ex ſpeciali partium conventione alicui commodata, vel locata circa ea quæ dixi *n.* 5. Sed dices, precaria poſſeſſio pleno ore juſta à conſultis apellatur in *dict. l.* 13. §. 1. *de publiciana*, *dict. l.* 22. §. 1. *de noxalibus dict. l.* 7. §. *inter prædones* 4. *communi dividendo*; ergò jure civili cognita, ac proinde utilis eſt cujus præcariæ & pignoratitiæ poſſeſſiones conjunguntur, & æquiparantur in *dict. l.* 13. §. 1. *& in dict. l.* 22. §. 1. ſed pignoratitia poſſeſſio civilis eſt, dixi *n.* 16. ergò & precaria, denique is, qui præcariam poſſeſſionem rogavit, utitur interdictis, *unde vi & uti poſſidetis dict. l.* 1. §. *ult. uti poſſidetis dict. l.* 17. *de precario.* ergo precaria poſſeſſio in terminis naturalis detentionis non ſiſtit, ac per conſequens civilis etiam eſt; quibus difficultatibus reſpondeo, quod ex eo, quod precaria poſſeſſio juſta ſit, non evincitur, quod civilis etiam ſit, latius namque patet juſtæ, quam, civilis appellatio poſſeſſionis & ſicuti quod eſt juſtum naturali jure, quod civiliter juſtum non eſt, *l. bona fides* 31. *depoſiti*, ſi quædam eſt poſſeſſio naturalis juſta, quæ tamen civilis non eſt, cujus rei illud exemplom occurrit in eo, qui ex primo decreto prætoris, cuſtodiæ cauſa in poſſeſſionem miſſus eſt, qui cum latam ſolum, ut dixi *n.* 11. & ſic naturalem poſſeſſionem habeat: juſtè tamen poſſidere dicitur in *dict. l.* 7. §. *item ſi duo* 8. *communi dividendo*, *juncta l. juſti* 11. *hoc tit.* nec magis urget, quod præcariæ & pignoratitiæ poſſeſſiones æquiparantur, nam æquiparatio non procedit naturalis poſſeſſionis reſpectu, ſed in eo ſolum conſiſtit, quod licet pignoratitius creditor, & qui precariam poſſeſſionem rogavit, ſtrictè, juſtéque poſſideant, neuter tamen publiciana poſſit experiri, aut noxalem actionem pati cogatur, quia uterque abſque ulla dominii affectione poſſidet, nec quod precario poſſidenti uti de vi & uti poſſidetis interdicta competant, civilem eſſe eam poſſeſſionem evincit, cum Prætor naturali æquitate motus iis, qui ſtrictè, licet naturaliter dumtaxat poſſident hujuſmodi interdicta conceſſerit, ut conſtat ex *dict. l.* 1. §. 10. *de vi, & vi armata*, cujus rei efficax præſtat argumentum, quod is qui primo decreto in poſſeſſionem mittitur, latè & naturaliter tantum poſſidet, cui tamen adipiſcendæ, retinendæ, aut recuperandæ poſſeſſionis gratia interdictum Prætor accommodavit, de quo in *l.* 1. *& per totum titulum ne vis fiat* ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt.

Fortiori ratione injuſta poſſeſſio tanquam jure civili reprobata naturalis dumtaxat, non etiam civilis eſt, cum civilem nullum effectum producat, quamvis ad poſſeſſoria interdicta pertineat, *d. l.* 1. §. 10. *de vi, & vi armata l.* 2. *uti poſſidetis*, quia cum Prætor exiſtimavit adverſus extraneos, injuſtam etiam poſſeſſionem prodeſſe, *l. ult. hoc tit.* in quo graviter fallitur Oroz, qui *tit.* 4. *cap.* 6. *n.* 4. injuſtam poſſeſſionem civilem etiam eſſe opinatur. Noſtræ autem ſententiæ veritas ex eo perſpicua redditur, quod filius familias rem ſibi à patre donatam injuſtè poſſidet contra jus civile, circa quod propter perſonarum identitatem inotilis eſt donatio, *l.* 1. §. 1. *pro donato.* Retes *de donationibus cap.* 10. *per totum* & naturaliter poſſidere dicitur in *dict. l.* 2. §. *ult. pro herede*, ſimiliter & conjux rem ſibi à conjuge donatam propter civilem interdictionem injuſtè poſſidet, *l. nec ullam* 13. §. 1. *de hereditatis petitione l. quod uxor* 16. *hoc titulo dict. l.* 1. §. 10. *de vi & vi armata*, *& contra jus civile l. ſi cum* 26. *de donationibus inter virum & uxorem*, *l.* 1. §. *ſi vir* 1. *hoc tit.* textus ſic intelligendus in *l. inter virum* 46. *de donationibus inter* juncto Retes *titulo ſingulari de donationibus inter cap.* 7. *n.* 4. naturaliter autem poſſidere dicitur in *dict l.* 1. §. 10. *juncto* §. *antecedenti de vi, & vi armata*, ſed dices ad uſucapionem juſta civilis poſſeſſio deſideratur *l. improba* 7. *C. hoc tit.* ſed conjux rem ſibi à conjuge donatam poteſt uſucapere, *l. ſed etſi* 25. *de donationibus inter l.* 3. *pro donato*: ergo civilem obtinet poſſeſſionem, cui difficultati omiſſo anteriori Fabro *tit.* 7. *conjecturarum cap.* 13. communiter reſpondet Valentia *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 7. Retes *de donationibus inter cap.* 10. *n.* 4. *cum ſequenti.* Oroz *dict. tit. cap.* 6. *n.* 14. *cum ſequenti.* Galvanus *de uſufructu d. cap.* 3. *n.* 11. quod dicitur conjugem rem ſibi à conjuge donatam naturaliter, non etiam civiliter poſſidere, quæ ideò uſucapiendi facultatem non transfert, *l.* 1. §. *ult. pro donato*, non in rei alienæ donatione, quæ quia donantis patrimonium non minuit, in civili prohibitione non comprehenditur, & ex cujus cauſa civilis etiam poſſeſſio, quæ uſu capiendi conditionem inducit, in donatarium conjugem transfertur in juribus in argumento expenſis. 19

20 Sed quamvis communi huic ſolutioni ſubſcripſerim in academico de uſucapionibus, *cap.* 3. *n.* 7. re meliùs perſpecta veriùs exiſtimo cum Cujacio *tit.* 19. Pauli ad edictum in *l. cum ſponſus* 12. *de publiciana* rei alienæ donationem valere, ſi donantis patrimonium non minuat ad inſtar donationis rei propriæ, quæ ſi pao-

periorem donantem non reddat, etiam conſtante matrimonio perimitur, *l. 5. §. cum igitur 16. de donationibus, inter* hanc ſententiam tradit expreſsè Pomponius ex Trebatio, in *d. l. 3. pro donato*, ubi ſi vir uxori rem alienam donaverit, ſi quidem pauperior non fiat, uſucapio poſſidenti prodeſt: ergò rei alienæ donatio, quæ donantem conjugem pauperiorem reddit, uſucapiendi conditionem non parit, hoc ipſum Paulus indicat in *dict. l. 12. de publiciana*, ubi rei alienæ donationem inter ſponſos factam uſucapiendi conditionem præſtare ſcribit, quia hujuſmodi donatio nullo jure prohibetur; ergò ſi poſt matrimonium contractum facta fuiſſet, & pauperiorem donantem redderet, uſucapiendi conditionem non præſtaret, huc etiam ooviter refero deſperatum alioquin ejuſdem Pauli textum, & qui nimium torſit Interpretes in *l. ſi inter extraneos 24. verſiculo ſed contra de donationibus inter.* Ubi rei alienæ donatio inter conjuges facta proponitur, quæ ſoluto matrimonio uſucapionem parere dicitur, quia quod fuit vitium ratione conſtantis matrimonii, eo ſoluto amotum eſt, quæ deciſio meo videri accipi neceſſario debet de ea rei alienæ donatione, quæ quia donantis patrimonium minuebat, conſtante matrimonio inutilis erat, eo autem ſoluto jam confirmata efficax eſt ad uſucapionem. Si autem quæres quando rei alienæ donatio patrimonium donantis diminuat. Sic diſtinguo ſi donans conjux rem alienam eſſe ſciebat, donatio ejus patrimonium non minuit, & uſucapionem producit, ut cum judicio docet Cujacius ad Pandect. in *d. l. 3. pro donato*, dummodo res vitioſa non ſit, veluti ſi ſit immobilis, quæ incidere in vitium furtilitatis non poteſt *l. quam rem 38. de uſucapionibus*, ſi verò donans conjux bonæ fidei poſſeſſor fuerit, multum refert an rem uſucapere forſan ex defectu tituli non potuerit, an verò uſucapiendi facultatem habuerit, ſi rem uſucapere non poteſt, donatio nullum ex parte ejus patrimonium minuit, & utile eſt non ſolum quoad rem, ſed etiam quoad fructus, quippe cum bonæ fidei poſſeſſor titulo deſtitutus induſtriales dumtaxat, non etiam naturales fructus lucretur juxta textus in *l. fructus 45. de uſuris*, quem ſic cum pluribus intelligit Vinnius in *§. ſi quis à non Domino 35. de rerum diviſione n.* 8. conſtat reſpectu fructuum induſtrialium licitam eſſe inter conjuges donationem. *L. de fructibus 17. de donationibus inter.* juncto Amaya *lib. 2. obſervationum cap.* 16.

21 Si autem donans conjux rem poterat uſucapere, quamvis res bona fide poſſeſſa, & quamvis uſucapere poteſt, in ejus bonis eſſe dicatur, *l. ad cap. 18. junct. l. 15. §. 1. de pignoribus, l. 5. §. ſi plures 2. de rebus eorum*, qui ſub tutela, vel cura ſunt, *l. ſuos 73. §. 1. de legatis 3. §. ſed is ſi 9. ut in poſſeſſionem legatorum, l. bonorum 49. verſiculo in bonis, de verborum obligatione*, ex mente tamen Cujacii *dict. tit.* 19. Pauli *ad edictum, in d. l. 12. de publiciana.* Multum rursùs intereſſe exiſtimo, an ex oneroſo, an ex titulo lucrativo poterat uſucapi, ſi ex oneroſo inutilem eſſe donationem aſſero, & uſucapiendi conditionem transferre, quia donantis patrimonium diminuit, quia ſi donatio ſubſiſteret, amitteret etiam vel rem ipſam, cujus dominium potuerat per uſucapionem nanciſci, vel ejus pretium, quod re evictâ, id eſt à vero domino vindicata ab auctore ſuo conſequi poſſet, cum autem ſit, eum qui rem ex oneroſo titulo acceperat, poſtea donavit, ea à donatorio evicta, agere de evictione adversùs donatorem non poſſe, ut colligitur *ex l. ſi ſervus, l. ſi res 59. l. ult. de evictionibus*, & tenet eleganter Conſtantius in *d. l. 59.* ſi verò donans conjux ex lucrativo titulo poterat uſucapere utilem eſſe donationem contendo, & uſucapiendi facultatem præſtare, quia donantis patrimonium non minuit, qui nec rem amittit, quam nondum acquiſierat, nec magis pretium, quod ex re etiam evicta conſequi ab auctore non poſſet, ex his, quæ tradit Retes *de donationibus cap.* 8. §. 6. *cum ſeqq.* quam diſtinctionem ſolida juris ratione confirmo. Illæ dumtaxat donationes inter conjuges prohibentur, ex quibus donans patrimonii diſpendium ſentit, non ex quibus acquirere, aut lucrum facere deſinit *dict. l. 5. §. ſi maritus 13. de donationibus inter.* ſed conjux ex donatione rei alienæ, quam ex oneroſo titulo poſſidebat, patrimonii diſpendium experitur; ex donatione autem rei alienæ, quam ex lucrativo titulo poſſidebat, lucrum ſolum facere deſinit, ut ex eo conſtat quod furti actio, quæ ſolum competit ei, qui damnum paſſurus eſt, non ei, qui lucrum erit facturus, bonæ fidei poſſeſſori, qui oneroſum titulum habet, tribuitur. *L. itaque 12. §. 1. l. ſi quis 42. §. ſed etſi 10. l. furtumque 74. de furtis §. item ſi furor 15. verſiculo ſed & bonæ fidei inſt. de obligationibus* quæ ex delicto naſcuntur. Bonæ autem fidei poſſeſſori, qui ex lucrativo titulo poſſidebat, denegatur *l. ſi is cui 71. §. 1. de furtis, d. l. 83. §. ſi rem 6. de verb. oblig.* ergò rei alienæ bona fide ex oneroſo titulo poſſeſſæ donatio inter conjuges inutilis, & naturalem ſolum transfert poſſeſſionem ad uſucapionem inefficacem. Rei autem alienæ ex lucrativo titulo poſſeſſæ donatio utilis eſt, & civilem poſſeſſionem, & uſucapiendi conditionem civilem transfert, nec tunc obſtat, quod dicitur in *dict. l. 25. de donationibus inter.* Eas dumtaxat donationes inutiles eſſe, ex quibus locupletior mulier, & pauperior maritus in ſuis rebus ſit, nam ſuarum propriarum rerum appellatione etiam res bona fide poſſeſſa comprehenditur, *dict. l. 73. de legatis 3. cum ſimilibus.*

Ex his, quæ pro ſecundæ poſſeſſionis diviſionis explicatione diximus, tertia diviſio deſcendit, ita ut alia poſſeſſio juſta ſit, alia verò injuſta, *l. 3. §. ex contrario 5. & §. vel etiam 22. hoc tit. dict. l. 19. de precario cum aliis*, injuſta autem poſſeſſio non ſolum eſt, quam injuſti alienarum rerum defenſores obtinent, ſed & aliquando quæ cum dominii jure conjungitur, poteſt quippe dominus rem propriam injuſtè poſſidere, ut probatur ex *l. & ſi quis 14. §. 1. de religioſis, l. 4. §. tunc in poteſtatem 12. de uſucapionibus*, juncto Oſualdo *tit. 4. commentariorum Donelli cap. 24. lit. D.* Ex quâ doctrinâ ultra Interpretes intelligo textum in *l. Tigni 7. §. 1. ad exhibendum*, ubi qui alienam rotam ſciens proprio vehiculo aptavit, quamvis dominium acquiſierit ex regula textus in rem actio 23. §. 1. *de rei vindicatione.* Civiliter non poſſidere dicitur, quia injuſtè poſſidet, & injuſta omnis poſſeſſio naturalis eſt, non civilis. Nec contrarium probat textus, in *l. rerum 30. §. 1.* 22

verſiculo quod : *ergò de uſucapionibus* , ubi aliena gemma à nullo incluſa uſucapitur ; ergò juſtè & civiliter poſſidetur, ac per conſequens uſucapitur, quæ addenda erant iis, quæ pro ejus textus explicatione dixi *in academicis de uſucapionibus cap.* 4. *n.* 11. nec plures jam poſſeſſionis diviſiones occurrunt, quod enim dicitur in *l. nemo* 10. *C. hoc tit.* poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, aliam, quæ in jure conſiſtit, aliam, quæ corpore, ſic accipiendum eſt, ut duplex ſit modus, qui & ratio dicitur in *l. clam* 6. *hoc tit.* acquirendæ, retinendæque poſſeſſionis, primus qui jure conſiſtit, veluti, cum quis per alium poſſidet, vel ſolo animo poſſeſſionem retinet Donellus *tit.* 5. *commentariorum cap.* 32. ſecundus qui corpore conſiſtit, veluti cum quis animo ſimul & corpore poſſidet, nec tandem traditis diviſionibus refragatur, quod in *l.* 3. §. *generaliter* 21. *hoc tit.* unum eſſe genus poſſidendi Paulus ſcribit, nam ejus deciſioni ne immoremur rectè explicat Valentia *d. tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 13.

23 Supereſt nunc diſcutienda quæſtio, quæ inquirit an duo pluresve poſſint eandem rem inſolidum poſſidere, in quo cenſeo, quod duo, alter latè, alter verò ſtrictè, unam eamdemque rem poſſunt inſolidum poſſidere, ut ſatis conſtat ex ſuperioribus, nec enim lata unius poſſeſſio ſtrictæ alterius poſſeſſioni contrariatur, immò ei exhibet miniſterium *dict. l.* 18. *hoc tit.* & *ſequenti ratione fulcitur* : ſtricta poſſeſſio eſt detentio proprio nomine, ſed unius ejuſdemque rei detentio proprio nomine inſolidum penes duos eſſe non poteſt propter impoſſibilem corporum penetrationem, ut arguit Paulus in *d.* §. 5. ergò nec poſſeſſio inſolidum penes duos poteſt exiſtere; contrarium tamen acriter defendunt nonnulli, quos refert, & ſequitur Oroz *d. tit.* 4. *cap.* 10. *ex n.* 3. pluribus rationibus & authoritatibus nixi, quibus ex profeſſo reſpondere decrevi. A ratione 1°. ſic arguunt: per aſpectum rei præſentis, vel per ingreſſum partis fundi inſulidum poſſeſſio acquiritur *l.* 1. §. *ſi juſſerim* 21. *dict. l.* 3. §. 1. *hoc tit.* ſed duos uno eodemque tempore rem præſentem inſpicere, aut fundum per diverſas partes ingredi natura non prohibetur : ergò poſſunt inſolidum poſſeſſionem nanciſci, ſed facilè reſpondeo ex ſententia ſubtiliſſimi Goffredi in *l. gerit* 88. *de acquirendà hereditate n.* 36. *cum ſequenti*, quod etſi duo rem præſentem inſpiciant, ut fundum ingrediantur, non ideò inſolidum poſſident, ſed pro partibus, quæ fiunt per concurſum argumento textus in *l. ſi finita* 15. §. *cum autem* 18. *in fine de damno infecto*, juncto Cujacio *dict. tit.* 9. *obſervationum cap.* 32. ſicuti etſi duo unam eamdemque rem pignori ſimul acceperint, æquale quidem jus inſolidum obtinent, *l. aliena* 20. §. 1. *de pignorisitia actione l. ſi fundus* 16. §. *ſi duo* 8. *de pignoribus*, quoad qualitatem ſcilicet, actionis pignoratitiæ, quæ contra debitorem eſt individua, & omnibus creditoribus inſolidum competit *l.* 1. & 2. *C. ſi unus ex pluribus heredibus creditoris*, *vel debitoris* non quoad ſubſtantiam poſſeſſionis, ut explicat Duarenus in *dict. l.* 3. §. 5. *hoc tit.* Balduinus *de pignoribus*, *cap.* 14. Rodriguez *de annuis reditibus tit.* 2. *quæſtione* 9. & *n.* 61. & *alii quos ſequitur* D. Gonzalez *in cap. licet cauſam* 9. *de probationibus.*

Secundo ſic arguunt adverſarii, qui fundi 24
partem ingreditur, eam dumtaxat verè poſſidet, reliquas autem partes per interpretationem, & juris fictionem intelligitur poſſidere *dict. leg.* 3. §. 1. *hoc tit.* ergo ſi alter aliam ejuſdem fundi partem ingreditur, per eandem interpretationem totius etiam fundi poſeſſionem acquireret, quia nihil prohibet, duos interpretativè eandem rem inſolidum poſſidere, cum extenſio poſſeſſionis partis apprehenſæ ad omnes fundi glebas non realiter fiat per reales actus corporis, ſed fictione per animum, qui etiam corpora poteſt penetrare, cujus argumenti vim ſtatim eludes, ſi dicas quod ſolus animus abſque apprehenſione non ſufficit ad acquirendam poſſeſſionem, & licet partis apprehenſio realiter facta per ſolam juris interpretationem, ad totum fundum extendatur extenſioni tamen, ſeu interpretationi locus eſſe non poteſt, ubi ſingulæ fundi glebæ partem ingreſſus, totum fundum perinde poſſidet, ac ſi ſingulas ejus glebas circumambulaſſet. *d. leg.* 3. §. 1. *hoc tit. aliter*, qui poſtea animum habet poſſidendi, quia nullam fundi partem corporaliter poteſt apprehendere, nec per juris interpretationem poſeſſionem acquirere dicendum eſt. 3. Sic inſtant, unius ejuſdemque rei uſus ex cauſa commodati, aut locationis aut conductionis inſolidum penes duos poteſt exiſtere *dict. leg.* 5. §. *ult. commodati.* ergo & poſſeſſio. melius & fortius ſic arguerent: ad uſum rei commodatæ, vel conductæ lata ſaltem poſſeſſio deſideratur, commodatarii, aut conductores late poſſident, ut ſupra vidimus, ſed unius ejuſdemque rei uſus commodati, aut locationis ratione inſolidum apud duos poteſt perſiſtere; ergo & lata poſſeſſio, ac per conſequens idem erit de ſtricta poſſeſſione dicendum; verum elegans hujus difficultatis ſolutio ab ipſo conſulto indicatur in *dict. leg.* 5. §. *ult.* qui uſum quidem apud duos inſolidum eſſe, latam autem poſſeſſionem non inſolidum, ſed pro partibus eſſe docet, nam ſi vehiculum duobus commodatum, aut locatum ſit, uſum apud eos inſolidum eſſe ſcribit, nec enim minus alter utetur, quod & alius utatur, cum unus quiſque pro neceſſitate utatur quantum ſatis eſt, & conſequenter inſolidum, quia nihil amplius in vere uſus continetur, verum in effectu parte dumtaxat unumquemque uti concludit, quia non omnia vehiculi loca tenet, ideſt quia unuſquiſque non inſolidum ſed pro parte latam vehiculi poſſeſſionem obtinet, ſic fere per Fabrum in naturali ad textum in *dict. leg.* 5. §. *ult.* accepiſſe videtur Oſualdus *tit.* 10. *commentariorum Donelli cap.* 24. *littera A.* & Gilquenius *de præſcriptionibus* 3. *parte cap.* 12. *num.* 21.

Plures etiam conſultorum deciſiones noſtram 25
ſententiam evertere videntur, expendunt 1. *adverſarii* textus in *d. leg.* 1. §. 15. *dict. leg.* 36. *hoc tit. leg. ſervi* 16. *leg.* 33. §. *ult.* de uſucapionibus. In quibus rem pignori datam debitor quoad uſucapionem tantum poſſidet; ergo rei pignoratæ poſſeſſio uno eodemque tempore inſolidum penes debitorem, & creditorem exiſtit, non apud debitorem, qui tamen licet non poſſideat, perinde uſucapionem jure ſingulari poteſt continuare, ac ſi poſſeſſionem non amiſiſſet, ad quem effectum poſſidere intelligitur, ut latius dixi in *tract. de uſucapionibus*

nibus *cap.* 4. *num.* 15. cum ſequenti, afferunt etiam textum in *leg.* 3. §. Pomponius 12. *ad exhibendum*, ubi aſſerit Ulpianus ejuſdem rei nomine recte plures ad exhibendum agere, veluti ſi aliquis poſſeſſionem ſuam eſſe contendat, alter vero rem ſibi pignoratam affirmet; ergo cum rem à pignoratitio à creditore poſſeſſam poſſit alius eodem tempore poſſidere, ejuſdem uniuſque rei poſſeſſio apud duos inſolidum reperitur, facile tamen reſpondetur textum in *dict.* §. 12. intelligendum eſſe de hipothecario creditore cui non per traditionem, ſed nuda conventione fuit obligata, qui licet non poſſideat ad exhibendum rectè agit, *d. leg.* 3. §. *eſt autem* 3. quamvis alia via, nec inſubtiliter eum textum exponat Antonius Faber in rationali, utuntur rurſus textu in *leg. ult. uti poſſidetis*, ubi interdictum uti poſſidetis, quod ſtrictè dumtaxat poſſidentibus accommodari jam vidimus, fructuario & uſufructuario ejuſdem fundi competere dicitur: ergo fructuarius & uſufructuarius unius ejuſdemque rei ſtrictam ſimul obtineat poſſeſſionem. Reſpondeo quod interdictum uti poſſidetis fructuario aut uſuario competit propter ſtrictam quaſi poſſeſſionem uſusfructus *leg. uſus ut dixi numero* 13. & 15. & cum diverſa ſint jura uſus & uſufructus, ſi alter ejuſdem fundi uſumfructum habeat, nil impedit quominus uterque juris ſui quaſi poſſeſſionem inſolidum ſibi defendat.

Adducunt præterea textus in *leg. ſciendum*
26 15. §. *ſi fundus* 3. *qui ſatis dare cogantur*, ubi fundum in dotem datum maritus, & uxor ſimul poſſidere dicuntur, ſed præter quam quod ſtat optime duos ſimul eamdem rem poſſidere, nec tamen inſolidum, ſed pro partibus poſſidere ex *num.* 23. pro vera ejus textus intelligentia dicendum eſt, quod licet maritus res in dotem acceptas ſolus poſſidebat *leg.* Pomponius 13. §. *in dote* 6. *hoc tit. leg.* 1. & *per totum tit. pro dote leg. unica C. de uſucapione pro dote cum aliis*, quia tamen quoad cauſam ſatisdationis judicio ſiſti cogitur, à cujus præſtandæ neceſſitate immobilium poſſeſſores ſunt immunes, poſſeſſionis appellationem dominium ſignificatur *d. leg.* 15. §. 1. & 2. *qui ſatiſdare cogantur*, prout & in aliis juris partibus *leg. interdictum* 78. *de verborum ſignificatione*. textus *ſic intelligendus* in *leg.* 4. & 7. *de contrahenda emptione* & dotalis fundus tam in dominis uxoris, quam mariti diverſis reſpectibus, conſtantis ſcil. aut ſoluti matrimonii numeretur *leg. quamvis* 15. *de jure dotium. leg. diutius* 21. §. *idem* 4. *ad municipalem*, *leg. in rebus* 36. *de jure dotium ad evitandum judicio ſatisdationem*, tam uxor quam maritus propter fundi poſſeſſionem ideſt, dominium poſſeſſores intelliguntur, prout rejecta emendatione Cujacii *lib.* 10. *obſervationum cap.* 23. textum in dict. *leg.* 15. §. 3. explicat Antonius Faber *in rationali*, & Galvanus de uſufructu *cap.* 22. *num.* 9. opponunt & textus in *d. leg.* 3. §. 5. *verſiculo* Sabinus *hoc tit. leg.* & *habet* 15. §. *eum qui* 4. *de precario*, in quibus rem precario, conceſſam concedens & rogans ſimul poſſidere dicuntur, verum in *dict.* §. 5. referri ſolum improbatam ſententiam, non autem probari tenet communis opinio, & ejuſdem Sabini ſententiæ in *dict. leg.* 15. §. 4. veſtigium extare contendunt Cujacius *tit.* 9. *obſervationum*, *cap.* 22. & *tit.* 9. *cap.* 32. Giſanius in *d. leg.* 3. §. 5. Fachinetus *tit.* 8. *controverſiarum cap.* 16. *quibus omiſſis*, dicendum potius eſt cum noſtris anteceſſoribus, quos ſequitur Dominicus Gonzalez. in *dict. cap.* 9. *de probationibus. cap.* 19. quod licet is, qui precariam poſſeſſionem rogavit, revera ſolum poſſideat, ut dixi *num.* 4. *cum tribus ſequentibus* quamvis ab eo avocari poſſeſſio poſſit argumento textus, in *dict. leg.* 15. §. *ſi fundum* 6. *qui ſatisdare cogantur*, is etiam qui conceſſit, quia poſſeſſionem ad libitum rupto precario poteſt recuperare, cum adhuc manente precario animo retinere intelgitur argumento textus in *leg. ſi quis vi* 17. *in principio leg. non videtur* 22. *hoc tit.*

Denique omiſſis conſultorum deciſionibus in *dict. leg.* 6. §. 1. *leg. ſi id quod* 25. §. *ult. hoc tit. leg.* 2. §. *ſi à peculio* 15. *cum ſequenti pro* 27
emptore; quas propriis locis exponemus. Alium juſtè, alium vero injuſtè, & ſic duos eandem rem poſſe inſolidum poſſidere ſentit Trebatius, ut conſtat eſt *dict. l.* 9. 3. §. 5. *verſ.* idem Trebatius hoc *tit.* cujus ſententiæ expreſſe adſtipulatur Ulpianus in *leg.* 3. *uti poſſidetis*, ubi proponit poſſe duos inſolidum poſſidere unum juſtè, alium injuſtè, ſubjungitque, ſi alter ab altero non poſſideat, neutrum eorum interdicto uti poſſidetis vincere, quoniam uterque poſſidet. hoc ipſum à contrario ſenſu tacitè indicat Julianus in *dict. leg.* 19. *de precario* & Innocentius 3. in *dict. cap.* 9. *verſiculo ex præmiſſis de probationibus*. Accedit exemplum dominii, quod ſi ejuſdem generis res ſit penes duos inſolidum non magis, quam poſſeſſio eſſe poteſt. *dict. leg.* 5. §. *ult. commodati leg. hæreditate* 19. §. *pater* 3. *de caſtrenſi peculio*. Poteſt tamen ſi diverſi generis ſit, ut ex ſe nihil prohibet unius, ejuſdemque rei alium bonitarium, alium quiritarium dominium ſimul obtinere, ut conſtat ex Ulpiano in fragmentis *tit.* 1. *de libertis* §. *in bonis* 13. & *tit.* 10. *de dominiis.* §. *ſi ſervus* 16. ergo & poterunt duo diverſo modo alius juſtè alius injuſtè inſolidum poſſidere, quod & docere videtur Paulus in *dict. leg.* 3. §. 5. *hoc tit.* dum ait, quod eadem poſſeſſio inſolidum apud duos eſſe non poteſt, quaſi diceret diverſas ejuſdem rei poſſeſſiones penes duos inſolidum eſſe poſſe, ut poſt Accurſium, Bartholum, Jaſonem, & Alciatum tenet Antonius Gomez. in *leg.* 49. *Tauri* 100. & *num.* 102. Faquinus *dict. tit.* 8. *controverſiarum. cap.* 16. verum tamen eſt juſtæ & injuſtæ poſſeſſionis concurſum admitti non poſſe, qui ut Trebatium impugnans ait Paulus in *dict. leg.* 3. §. 5. *in ſumma*. Non multum intereſſe poſſeſſionis, juſtè quis, an injuſte poſſideat, quod & colligitur ex *leg* qui fundum 12. *quemadmodum ſervitutes amittantur*, *leg.* 2. *uti poſſideris*. Nec obſtant in contrarium adducta, nam quod in *dict. leg.* 3. *uti poſſidetis* alium juſtè, alium injuſtè, & ſic duos inſolidum poſſidere Ulpianus proponit, non ad ſubſtantiam poſſeſſionis ſed ad incertitudinem probationis referendum eſt, quippe cum in interd ctis non de jure ſed de facto ſit quæſtio, & inter eos interdictum reddatur, quorum unuſquique ſuam eſſe poſſeſſionem intendit: merito ait Ulpianus: quod ſi duo inſolidum poſſideant, ideſt ſi inſolidum poſſidere prætendant, & propter facti ambiguitatem, apud quem vera poſſeſſio ſit ignoratur, utrique interdicti effectus conceditur, ut docent cum

pluribus D. Gonzalez in *dict. cap. 9. de probationibus num.* 19.

28 Nec contrariæ opinioni favet textus in *dict. l. 19. de precario*, & in *dict. cap. 9. de probationibus*, in quibus ejuſdem generis poſſeſſionem apud duos eſſe non poſſe affirmatur, quia id ad quæſtiones ibi propoſitas de duobus aut juſtè poſſidere aut precario, ſe contendentibus ſatis erat, non quia diverſi generis poſſeſſio apud duos inſolidum eſſe poſſit, nec dominii ſimilitudo refragatur. Nam reſpondeo quod quiritarium dominium à bonitario diverſum omninò erat, bonitarium etenim dicebatur quod per naturalem actum acquirebatur, quiritarium autem quod per ſolam juris civilis ſubtilitatem quærebatur, ut latiùs proſequuntur Revardus ad *l. duodecim tabularum cap.* 16. & plures congeſti ab Oſſualdo *tit. 9. commentariorum Donelli cap. 14. litt. T.* & ſic antè novam Juſtiniani conſtitutionem in *l. unic. C. de nudo jure quiritium tollendo* apud alium quiritarium, apud alium bonitarium dominium eſſe poterat; non idem de poſſeſſione dicendum eſt, quæ ſivè juſta, ſivè injuſta ſit naturalis ſemper eſt, quin immò & civilis poſſeſſio naturalis etiam eſt, adeò ut civilis ſine naturali nec acquiri nec retineri poſſit, ut ex *dict. l. 3. §. Neratius 3. hoc tit.* probat Oroz *dict. tit. 4. de apicibus cap. 5. n. 7.* cujus ſententiam illud expreſsè confirmat, quod qui precariam poſſeſſionem concedit, naturalem dumtaxat poſſeſſionem in precario rogantem transfert, & tamen civilem non retinet, ut jam vidimus, quia hæc abſque naturali retineri non poteſt, unde ſimultaneus juſtæ, & injuſtæ poſſeſſionis concurſus admittendus in jure non eſt, quia utraque poſſeſſio naturalis eſt, & in ſubſtantia hujuſmodi poſſeſſionis ſpecies inter ſe congruunt, quamvis quoad juris effectus plurimùm differant cum juſta poſſeſſio, civilis ſi quidem ſit, civilem effectum producat, quod parere injuſta poſſeſſio non poteſt, ex quibus intelligo Paulum in *dict. l. 3. §. 1. hoc tit. qui eleganter dixit*, eandem poſſeſſionem inſolidum penes duos eſſe non poſſe, non ut juſtæ & injuſtæ poſſeſſionis concurſum admitteret cum hujuſmodi ſpecies in ſubſtantiâ diverſâ non ſit, ſed ut indicaret unius ejuſdemque rei latam poſſeſſionem penes unum, & contrariam penes alium inſolidum eſſe poſſe, quia latæ & ſtrictæ poſſeſſionis ſpecies diverſæ inter ſe ſunt, nec tamen lata poſſeſſio penes unum exiſtens, ſtrictam alterius impedit poſſeſſionem; cum is qui latè poſſidet rem alieno nomine detineat, & ſtrictè poſſidenti miniſterium exhibeat *d. l. 10. hoc tit.* nec obſtat, quod cum lata poſſeſſio juſta ſit, *dict. l. 7. §. 8. communi dividendo*, cum ſtrictâ quæ juſta etiam ſit, concurrere non poſſe videtur, cum juſtæ duæ poſſeſſiones unius ejuſdemque rei concurrere non poſſint, *dict. l. 19. de precario.* Nam hujuſmodi regula in duabus ſolùm juſtis poſſeſſionibus procedit, quarum utraque ſtricta ſit, non in duabus quarum alia lata, & ſtricta altera ſit ex ratione textus in *dict. l. 18. hoc tit.*

CAPUT SECUNDUM.

De modis acquirendæ poſſeſſionis.

EX ſuprà tradita poſſeſſionis definitione tota 1
ejus acquirendæ ratio derivatur; nam cum poſſeſſio ſecundùm noſtram ſententiam ſit detentio proprio vel alieno nomine, non aliter poteſt acquiri, quam corpore ſimul & animo, ita ut nec animus abſque corpore, uec magis corpus ſine animo ad acquirendam poſſeſſionen ſufficiat *l. 3. §. 1. & §. Neratius 3. & §. in amittenda 6. in fin. l. quemadmodum d. hoc tit. l. ferè 153. de regulis juris Paul. tit. 5. ſententiarum tit. 2. de uſucapione in principio l. licet 4. C. hoc tit. §. poſſidere 9. in fine inſt. de interdict.* Hinc feræ ita vulneratæ, ut capi poſſit antè realem apprehenſionem poſſeſſio non acquiritur, ut contra Trebatium Gaius reſpondit in *l. naturalem* 1. §. 1. *de acquirendo rerum dominio*, cujus ſententiam firmat Juſtinianus in §. *illud quæſitum inſt. de rerum dominio*, & ſequitur lex 12. *tit.* 28. *partita* 3. ubi Gregorius Lopez, Antonius Gomez in *l.* 49. *tauri num.* 46. textus ſic intelligendus, juncto ibi Giſanio in *l in laqueum* 55. *de acquirendo rerum dominio*, & generaliter ad acquirendam poſſeſſionem earum rerum, quæ quia nullius in bonis ſunt, primo occupanti acquiruntur præter animum vera etiam & realis apprehenſio deſideratur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit. cum ſimilibus*, docet Oſſualdus ad Donellum *tit.* 4. *commentariorum cap.* 10. *litt. B.* Amaya *in l. unic. de theſauris lib.* 10. *num.* 34. *cum ſequenti*; & plura ad praxim utilia adducenres, Antonius Gomez in *dict. tit.* 45. *tauri num.* 18. *cum duobus ſequentibus* & Solorzano *de jure Indiarum tit.* 2. *cap.* 6. *num.* 18. Ex contrario licet quis rem corporaliter contingat, ſi tamen animum poſſidendi non habeat, non ideò poſſeſſionem acquirit, quapropter furioſus ad inſtar dormientis ex animi defectu poſſeſſionem acquirere non poteſt, *l.* 1. §. *furioſus* 3. *l.* 18. §. *hoc tit.* quod adeò verum eſt, ut nec curatoris authoritas ad acquirendam furioſo poſſeſſionem ſufficiat, cum nullum judicium ſit, aut ſperetur, quod curatoris authoritate ſuppleatur, ut cum pluribus tenet Oroz *dict. lib.* 4. *de apicibus cap.* 11. *num.* 7. pupillus autem ſi quidem ejus ætatis ſit, ut intellectum capiat, quia meliorem ſuam conditionem efficit etiam ſine tutoris autoritate, poſſeſſionem acquirit *dict. l.* 1. §. 3. *l. quamvis* 32. §. *inſtans* 2. *verſiculo pupillus hoc tit. l.* 4. §. *pupillus* 2. *de uſucapionibus*, ſi verò infans ſit, aut infantiæ proximus, ita ut nullum capiat intellectum, quamvis acquirendæ poſſeſſionis ſit expers, eam tamen cum tutoris autoritare utilitatis cauſa poteſt acquirere quaſi judicii affectum tutoris authoritas ſuppleat, *dict. l.* 32. §. 2. *hoc tit.* rextus ſic intelligendus in *dict. l.* 3. *C. eodem tit.* juncto cum pluribus Oroz *dict. tit.* 4. *cap.* 11. *num.* 9.

Ex animi etiam defectu, qui in corpore 2
erat poſſeſſionem non acquirit, veluti ſi emptor fundi Semproniani miſſus fuerit per errorem à venditore in poſſeſſionem fundi Corneliani, in eamque ierit, cum tamen per errorem exiſtimaret ſe miſſum in fundum Sempronianum, quem emerat ex defectu conſenſus, qui per

errorem excluditur *l. ſi per errorem* 15. *de juriſdictione*. Corneliani fundi poſſeſſionem non acquirit, nec magis Semproniani ex corporalis apprehenſionis defectu, niſi forſan in fundi ſolum nomine error interceſſerit, *l. ſi me in vacuam* 34. *in principio hoc tit.* ubi Giſanius, Oroz *dict. tit.* 4. *cap.* 12. *num.* 2. inde etiam infertur incertæ partis poſſeſſionem acquirere neminem poſſe *l.* 3. §. *incertam* 2. *l. locus* 26. *verſiculo incerta hoc tit. l. ſi fur* 32. §. *ult. de uſucapionibus*, incertam autem partem diximus, quæ nec quantitate nec qualitate cognoſcitur, ſed quanta qualiſque ſit ignoratur *l. ſtipulationum* 74. §. 1. *cum leg. ſequenti de verb. oblig.* veluti ſi quis velit poſſidere quod alius poſſidet, aut quod quis juris in fundo habebat, cum ignoret, quantam & qualem fundi partem, alter poſſideat, hujuſmodi incertitudo, quæ certum animum excludit, acquiſitioni poſſeſſionis obſiſtit, ſi autem pars certa ſit reſpectu quantitatis, & incerta reſpectivè ad qualitatem, veluti ſi quanta ſit ſciatur, qualis autem ſit ignoretur, quia fundus pro indiviſo ſit, penes duos ejus poſſeſſio poteſt acquiri, quia datur animi certitudo reſpectu quantitatis, quamvis non reſpectu qualitatis *dict. l.* 26. *in principio l. ſi quis fundum* 43. *hoc tit. l. emptor* 4. §. 1. *pro emptore* tradunt Gomez in *d. l.* 45. *tauri num.* 96. Valentia *tit.* 2. *illuſtrium tract.* 4. *cap.* 3. *num.* 15. Aſin. *ad rubricam C. de uſucapionibus pro emptore num.* 86. *cum pluribus ſequentibus*. Sed obſtat quod incertæ partis tam qualitatis, quam quantitatis reſpectu adimitur vindicatio in *l.* 3. §. *ult. & in l. quæ dicta* 76. §. *de rei vindicatione*, quæ tamen ex parte rei conventi poſſeſſionem deſiderat *l. ſin autem* 27. §. 1. *hoc tit.* ergò incerta abſolutè pars quoad quantitatem & qualitatem poteſt poſſideri, omiſſo tamen Giſanio in *dict. l.* 3. §. 2. *hoc tit. num.* 34. meliùs reſpondet Antonius Faber *in rationali ad textum* in *dict. l.* 76. §. 1. *de rei vindicatione*, quod quamvis in dictis juribus pars incerta abſolutè ſit reſpectu vindicationis, non tamen tamquam pars à reo poſſidetur, qui totum potiùs poſſidet, & eâ ratione poteſt vindicationis judicio pulſari.

3 Propter animi ſimul & corporis defectum hæreditas jacens, quæ in jura omnia defuncti ſuccedit acquirere poſſeſſionem non poteſt *l.* 1. §. *Scævola* 15. *ſi is qui teſtamento liber eſſe juſſus erit*, quia cum ficta ſit perſona, & ſine ullo corpore juris intellectum habeat, *l. hæreditas* 10. *de hæreditatis petitione* nec animum nec detinendi factum aut potentiam habet argumento textus in *l. hæreditas* 61. *in principio &* §. 1. *de acquirendo rerum dominio l. uſusfructus* 26. *de ſtipulatione ſervorum* junctis quæ dixi *in academico de uſucapionibus cap.* 4. *num.* 7. Undè provenit quod licet hæres per aditionem hæreditatis rerum hæreditariarum, hæreditariarum dominium poteſtare legis nanciſcatur, poſſeſſionem tamen antè veram & realem apprehenſionem non acquirit, *l. ſi ager* 50. §. 1. *de rei vindicatione l. Pomponius* 13. §. *quæſitum* 8. *ad l. cum hæredes* 23. *hoc tit. l.* 2. §. 1. *ex il. hæreditatis l. ſi ſorori* 14. *C. de jure deliberandi*, quia nec ipſe ſolo animo poſſeſſionem poteſt acquirere, nec magis defuncti poſſeſſio, quæ penes hæreditatem non fuit, in eum per aditionem transfunditur, ut arguit conſultus in *dict. l.* §. 17. *ſi is qui teſtamento liber eſſe juſſus*, ſed omiſſis, quæ dixi *in tract. de uſucapionibus cap.* 3. *num.* 17. *cum duobus ſequentibus*, & nunc repetere foret inutile, hujuſmodi doctrina ex eo difficillima redditur, quod licet hæreditas poſſeſſionem non poſſit acquirere, à defuncto, tamen quæſita poteſt retinere, ut evincere videtur exemplum uſusfructus, qui quamvis hæreditati de novo non poſſit acquiri *dict. l.* 61. §. 1. *de acquirendo rerum dominio cum ſimilibus*, à defuncto tamen acquiſitus in hæreditate retinetur in difficilibus juribus in *l. repeti* 5. *quibus modis uſusfructus amittatur l. ſtipulatio* 38. §. *ſed ſi quis* 12. *de verb. oblig.* ſed id omne quod fuit hæreditatis per aditionem in hæredem transfunditur *dict. l.* 1. §. 15. ergò à defuncto quæſita poſſeſſio, & in hæreditate retenta ipſo jure per aditionem, etiam antè veram & realem apprehenſionem in hæredem transfunditur, facit & illud, quod hæreditas capax eſt remedii poſſeſſionis, ut ex eo convincitur, quod hæres per aditionem ad acquirendam poſſeſſionem interdicta, & remedia poſſeſſoria poteſt exercere, *l.* 1. §. 1. *quorum bonorum l.* 1. *&* 2. *C. eod. tit. l. ult. C. de edict.* D. Adriani *toll.* 3. *ad piſcendæ* 3. *inſt. de interdictis*, quæ ipſi procul dubio non competerent, niſi penes hæreditatem fuiſſet: ergò poſſeſſionis capax hæreditas eſt.

Quibus non obſtantibus verius eſt jacentem 4
hæreditatem poſſeſſionem non magis retinere poſſe, quam acquirere *dict. l.* 1. §. 15. *ſi is qui cum aliis*, & idem in uſufructu procedere qui cum perſonalis ſit ſervitus, & uſufructuarii morte extinguatur *l.* 3. §. *ult. quibus modis uſusfructus amittatur cum ſimilibus*, retineri ab hæreditate non magis poteſt, quam acquiri. Nec contrarium probat textus in *dict. l.* 5. *quibus modis uſusfructus amittatur, & in d. l.* 38. §. 12. *de verb. oblig. nam omiſſis*, quæ latè tradit Arias de Meſa *tit.* 3. *variarum reſolutionum cap.* 45. *ex num.* 16. *& cap.* 48. *&* 591. qui ſuperiorem difficultatem ferè non attingit, dicendum exiſtimo quod cum tota ratio propter quam uſusfructus perſonalis ſervitus, & uſufructuarii morte finitur ex eo deſcendat, quod cum omne rei emolumentum contineat, *l. melius* 66. §. *fundum* 6. *de legatis* 2. inutilem omninò redderet proprietatem, ſi perpetuus eſſet & ad hæredes tranſiret *l.* 3. *nec tandem* 2. *l. an uſusfructuarius* 56. juncto Oroz *tit.* 1. *de apicibus cap.* 4. *num.* 9. quoties teſtator uſumfructum alicui & ejus hæredi legat, ut in *dict. l.* 5. *quibus modis uſusfructus vel uſus amittatur*, aut aliquis ſibi hæredique ſuo uſumfructum ſtipulatur, ut in *dict. l.* 38. §. *de verb. oblig.* ex voluntate proprietarii uſusfructus ad primum legatarii, aut ſtipulantis hæredem tranſmittitur, quin inutilem in perpetuum reddat proprietatem, & quoad transmiſſionis effectum perſonalis ſervitutis conceptum amittat, ita ut penes hæreditatem perſiſtat, & hæredi poſtea adeunti acquiratur. Nec id in jure novum alicui videatur, nam ſicuti uſusfructus ut potè ſervitus perſonalis morte finitur, ſic in alium transferri non poteſt, *l. ſi uſusfructus* 66. *de jure dot.* §. *finitur* 3. *inſt. de uſufructu*, & tamen conſentiente proprietario in extraneum perindè transfertur, ac ſi perſonalis ſervitus non eſſet, *l. uſufructu* 57. *verſic. vel ſi à me accommodaverit ſoluto matrimonio*: ergò etiam ex proprietarii conſenſu ad

hæredem perindè tranſmittitur, ac ſi perſonalis ſervitus non eſſet; accedit quod prædiales ſervitutes, quæ à ſua natura perpetuæ ſunt, proptèr conventionem aliquando perſonales cenſentur, & ad hæredes non transferuntur *l. pecoris 4. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum Donell. lib.* 10. *commentariorum cap.* 1. nec magis altera difficultas urget, quia pro comperto habeo, jacentem hæreditatem remedii poſſeſſorii non magis quam ipſius poſſeſſionis eſſe capacem, quod ſic probo, quia hæreditas capax uſusfructus non eſt, nec etiam ſtipulationis, quæ ad uſumfructum perſequendum dirigitur capax, eſt *dict. l. 26. de ſtipulatione ſervorum:* ergò quia capax poſſeſſionis non eſt, nec etiam remedii poſſeſſorii quoad ipſam poſſeſſionem adipiſcendam capax erit, nec obſtat quod hæres interdicta & remedia poſſeſſoria poteſt exercere, nam interdicta, quæ ex naturalis perſonæ defectu denegantur, hæredi propter jus ſucceſſionis ad adipiſcendam poſſeſſionem conceduntur.

5 Sed licet animus & factum apprehenſionis externum ad acquirendam poſſeſſionem deſiderantur, commercii tamen & negotiorum utilitas à jure civili extorſit, ut abſque verâ & reali apprehenſione pluribus modis poſſeſſio acquiratur, quos ſigillatim exponere duxi. Primus apud Paulum occurrit in *dict. l. 38. hoc tit.* ubi ad hoc ut quis integri fundi poſſeſſionem acquirat, non requiritur, ut ſingulas ejus glebas circumambulet, ſed ſufficit, ut quamlibet partem ingrediatur, dum hac mente, & cogitatione ſit, ut totum fundum uſque ad terminum velit poſſidere, & veteris poſſeſſoris voluntas intercedat, qua deficiente, partis ſolum realiter apprehenſæ acquiritur poſſeſſio, textus ſic intelligendus in *l.* 18. §. *ult. hoc tit. l. 1. §. julianus 5. de itinere actuque privato.* Gomez in *dict. l. 45. tauri num.* 36. Hic autem acquirendi poſſeſſionem modus ex antiquis vindictis originem ducit, quoties enim fundus vindicabatur, qui coram Prætore, vel Judice tradi non poterat, ipſius glebam litigantes afferebant, & in eâ tanquam in toto fundo præſenti vindicationis formulam Prætor proferebat, quam rem cum pluribus illuſtrat D. Gonzalez in *cap. 2. de conſuetudine num.* 19. & ea nititur ratione, quod cum fundus unitum, & continuum corpus ſit, quod uno ſpiritu continetur *l. rerum 30. de uſucapionibus*, qui partem ejus tangit, totum tetigiſſe videtur, *l. vulgaris 21. de furtis.* Undè ſi diverſi, & ſeparati ſint fundi, ſingulorum ſeparatim acquirenda eſt poſſeſſio; Gomez *ubi nuper num.* 38. *cum ſequenti*, & idem in univerſalibus ex diverſis corporibus conſtantibus obſervatur, ut ecce quamvis per alicujus rei hæreditariæ acquiſitionem tota hæreditas, ut potè individua acquiſita cenſeatur, *l. ſi ex aſſe 10. l. perit 88. cum aliis de acquirenda hæreditate:* textus ſic intelligendus juncto ibi Jacobo Gothofredo in *l. 1. C. Theodoſiano de legitimis hæredibus.* Non tamen ex eo quod hæres alicujus rei hæreditariæ poſſeſſionem acquiſierit, cæterarum rerum hæreditariarum poſſeſſionē acquiſiſſe cenſendum erit, qurū, quia diverſæ ſunt, ſeparatim acquirenda eſt poſſeſſio, ut probant textus in *l. 1. §. veteres 16. l. qui abſenti 38. §. ult. l. pretia 28. hoc tit.* Giſanus in *dict. l. 3. hoc tit. num. 26. cum ſequenti.* Cujacius *lib. 19. obſervationum cap.* 18. Oſualdus *ad Donellum lib. 5. commentariorum cap. 9. litt. A.* Oroz *dict. lib. 4. cap. 12. num.* 4.

Ex qua doctrina noviter abſque emendatione intelligendum poſſe exiſtimo alioquin Ulpianum in fragmento *tit. 20. de dominiis §. res autem corporales* 14. ubi etiam poſt factam in jure ceſſionem hæreditatis res corporales non aliter ad eum, cui ceſſa eſt hæreditas tranſire dicuntur, qoàm ſi ſingulæ jure cedantur, quod ſumme difficile eſt, nam ceſſio hæreditatis idem præſtat, quod ejus aditio, ut docuit Ulpianus §. *anti.* ſed hæres per aditionem hæreditatis omnium rerum hæreditariarum dominium ipſo jure abſque ulla apprehenſione nanciſcitur, ut dixi *num.* 3. quod poſt ſemel factam ceſſionem hæreditatis, fruſtra ſingularium rerum ceſſio deſideratur, quo forſan argumento convictus Cujacius ſuperiorem Ulpiani locum emmendavit quem optimè ſine emendatione accipi poſſe contendo, ſi non ad dominium, ſed ad poſſeſſionem referatur, quaſi dicat conſultus, quod licet poſſeſſione hæreditatis omnium rerum hæreditariarum dominium acquiratur, earum tamen poſſeſſio non aliter acquiritur, quam ſi ſingulæ jure ceſſæ ſint, aut alio modo ab eo quando eſt hæreditas apprehenſa. Ex ſuperiotibus facilem etiam capit interpretationem *textus* in *leg. reſtituta 37. ad Trebellianum*, ubi quod dicitur re aliqua hærediraria reſtituta, totam hæreditatem reſtitutam cenſeri non ad poſſeſſionem, ſed ad ea, quæ in jure conſiſtunt, debet referri Gomex in *d. leg. 45. tauri num. 39. in fin.* in qua re egregie fallitur anteceſſor quidam, & præceptor meus diſertiſſimus in *accademicis ad noſtrum tit. cap. 3. n.* 7. dum exiſtimat non improbabiliter dici poſſe per reſtitutionem alicujus rei hæreditariæ, cæterarum etiam rerum poſſeſſionem acquiri, ex eo motus, quod licet hæres poſt aditionem naturaliter ſolum, & non interpretativè poſt rerum hæreditariarum poſſeſſionem acquirere dicatur *leg. 23. hoc tit.* quia nullus erat earum poſſeſſor, fideicommiſſarius; tamen ex voluntate hæredis ejuſdemque antiqui poſſeſſoris poteſt interpretativè poſſeſſionem acquirere, ita ut ex apprehenſione rei reſtitutæ extenſiva interpretatio deſumatur ad alias res non reſtitutas, in cujus confirmatione ab argumento adducitur textus in *leg. 95. §. ult. de jure dotium*, *leg. 3. item foras 14. hoc tit. leg. 1. §. illud 6. verſic. plane de vi, & vi armata*, quæ quidem opinio ferenda non eſt; ratio etenim, qua nititur, ſolum probat poſſe fideicommiſſarium ex hæredis voluntate non modo naturaliter, ſed interpretativè rerum hæreditariarum poſſeſſionem acquirere, quod libenter admitto, non autem evinci, quod ex unius rei reſtitutione ad reliquas res non reſtitutas extenſiva interpretatio poſſit deſumi, quam rerum diverſitas excludit ex ſupra dictis. Nec adducti ab argumento textus quidquam probant, cum diverſos longè caſus contineant ſtatim exponendos. 6

Secundus acquirendæ poſſeſſionis modus per ſymbola expeditur, veluti ſi quis merces in horreo conditas vendiderit, ſimul ac claves horrei tradiderit emptori, mercium poſſeſſionem transfert *leg. clavibus 74. de contrahenda emptione leg. 9. §. item ſi quis 6. de acquirendo* 7

Digitized by Google

rerum dominio leg. 1. §. *ſi juſſerit* 21. *in fin. hoc tit. leg.* 2. *de periculo & commodo rei vendita. leg.* 1. *de crimine expiata hereditatis.* §. *item ſi quis merces* 14. *inſt. de rerum diviſione* quippe cum merces ſub clavium cuſtodia ſint, traditis clavibus, merces etiam traditæ intelliguntur, & juſto quidem *tit. præcedente*, ut in dictis juribus conſtat ſtrictam poſſeſſionem, & dominium ſimul per clavium traditionem transferri, juſto autem *tit.* deficiente cuſtodiam dumtaxat, & ſic latam poſſeſſionem, ſolum modo, transferri docet Papinianus juncto ibi Cujacio *lib.* 8. *reſponſorum ejuſdem in leg. cum pater* 77. §. *pater* 21. *de legatis.* Nec claves traditas ſufficit niſi in jure præſenti ideſt, apud ipſum locum, in quo merces conditæ ſunt, traditæ proponantur ut ſic facilis ſit horreum aperiendi & merces aprehendendi poteſtas, ut ex *dict. leg.* 54. *de contrahenda emptione, & dict. leg.* 1. §. 21. *hoc tit. docent* Gomez *in dict. leg. Tauri* 45. *n.* 65. *ex cum aliis* Oroz. *d. tit.* 4. *cap.* 21. *num.* 8. *cum ſequenti. tit. tamen non leviter reſiſtere videtur textus* in *leg.* 3. §. *Neratius* 3. *hoc tit.* ubi qui theſaurum in fundo, quem ipſe poſſidet, poſitum ſic, eum non ante poſſidere dicitur, quam loco moverit, & ſic naturaliter aprehenderit, cum tamen theſaurum in fundo contineatur. Ergo nec per clavium traditionem mercium poſſeſſio transfertur; ulterius & difficilis redditur ſententia textus in *dict. leg.* 3. §. 3. *hoc tit.* nam qui poſſidet continens videtur etiam poſſidere contentum, ut probant textus in *dict. leg.* 9. §. *ult. de jure dotium*, ubi res quæ in domum alicujus ſcientis inferuntur, pro traditis habentur, & in *dict. leg.* 3. §. 14. *hoc tit.* ubi qui ſilvam circumſeptam in qua feræ beſtiæ vagantur, emit, feras ideo non poſſidere dicitur, quia venditor eas non poſſidebat: ergo ſi venditor eas poſſideret, etiam earum poſſeſſionem acquireret, ex eo ſolum, quod ſilvam poſſidens feras etiam in ea contentas poſſidere videatur, & ab argumento textus *in dict. leg.* 1. §. 6. *verſiculo plane de vi & vi, armata*, uti res mobiles in fundo contentæ quoad cauſam interdicti unde vi pro immobilibus cenſentur. Ergo fundum poſſidens hoc ipſo theſaurum in eo contentum poſſidere dicendus eſt.

Agnovit difficultatem Antonius Gomez, *ubi ſupra num.* 45. & ex antiquorum ſententia reſ-
8 pondit, quod tunc demum per clavium aprehenſionem mercium acquiritur poſſeſſio, cum veteris poſſeſſoris voluntas intercedit, ut in juribus *ſuperiori num* adductis, theſauri autem poſſeſſio propter fundi poſſeſſionem non acquiritur, quia nulla veteris poſſeſſoris voluntas poteſt intercedere, cum theſaurus in nullius bonis ſit, *leg. numquam* 31. §. 1. *de acquirendo rerum Dominio.* §. *theſaurus* 39. *inſt. de rerum diviſione*, hæc ſolutio licet veram in ſe contineat doctrinam adaptari tamen non poteſt terminis textus in *dict. leg.* 3. §. 3. ubi non de eo theſauro diſceptatur, cujus memoria non extat, & qui acquiritur inventori, ſed de eo, cujus adhuc ſtat memoria, prout in *leg. theſauris* 15. *ad exhibendum*, & aliis in juribus ut animadvertunt Cujacius, Duarenus, & Giſanius in *dict. leg.* 3. §. 3. quapropter dicendum eſt quod licet poſſidens continens, contentum etiam poſſidere videatur propter veteris poſſeſſionis voluntatem, in quibus terminis procedunt textus *antecedenti num.* expreſſi, fundum tamen poſſidens, non ideo theſaurum in eo contentũ ante contrectationẽ poſſidere intelligitur quia priſtini domini ejuſdemque poſſeſſoris (juxta textum in *leg. peregrè hoc tit.*) voluntas non concurrit, qua deficiente ex fundi poſſeſſione ad theſauri in eo conditi poſſeſſionem fieri extenſiva interpretatio non debet, quæ contra veteris poſſeſſoris voluntatem numquam inducitur, ut dixi *n.* 5.

Tertius acquirendæ poſſeſſionis modus, ut 9
alias ſymbolicæ traditionis ſpecies omittam, veluti inſtrumenti, in quo domini cauſa continetur, traditionem *leg.* 1. *C. de donationibus, aut* ſigilli annulive impreſſionem *leg. quod ſi* 14. §. 1. *de periculo & commodo rei vendita* niſi ſecuritatis ſolum cauſa facta proponatur textus ſic intelligendus in *leg.* 1. §. *ſi dolum* 2. *eodem tit.* de quibus videndi Gomez. *ubi ſupra num.* 56. *cum duobus ſequentibus, & num.* 56. *cum ſequenti.* Covarruvias *tit.* 5. *variar. cap.* 15. per longæ aut brevis manus fictionem, longæ manus fictio locum habet, quoties res aliquo tit. debita in conſpectu, & veteris poſſeſſoris voluntate dimittitur, cujus poſſeſſio non corpore admittitur, ut falſo cum aliis explicat Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 29. nec enim juſſus, quamvis ſenſus naturalis, & corporeus ſit, ad apprehenſionem poſſeſſionis ordinatur, ſed animo per aſpectum, qui corporis factum ſupplet propter antiqui poſſeſſoris voluntatem *d. leg.* 1. §. *ſi juſſit.* 21. *leg.* 18. §. *ſi venditorem* 2. *leg. quarundam* 51. *hoc tit. pecuniam* 79. *de ſolutionibus*, & melius ſentiunt poſt Accurſium, Bartholum, & alios antiquiores apud noſtrum Gomezium, ubi ſupra *num.* 45. Tiraquellus alios referens *diſputatione* 21. *theſi* 4. & Galvanus *de uſufructu cap.* 33. *num.* 13. & res longa manu tradita eximatur, longa quippe manus dicitur, quæ à longinquo rem conſequitur. Unde longæ manus principibus propter ſummam eorum poteſtatem tribuuntur apud Ovidium in *epiſt.* Helenæ Paridi ibi: *an neſcis longas regibus eſſe manus?* quem eruditè exponit Solorzanus *emblemate* 54. brevis è controverſo manus fictio dicitur quæ inutilis circuitus vitandi cauſa, & alacritate conjungendarum actionum ex eis aliquam occultat, veluti ſi quis rem, quam alicui commodaverat, aut locaverat, ei poſtea vendiderit, aut donaverit, præcedens lata poſſeſſio ex domini voluntate in ſtrictam ſtatim abſque ulla traditione mutatur per fictionem brevis manus, quæ actum unum occultat; tradendi ſcilicet rem domino, à quo rurſus ex novo *tit.* tradenda erat, *leg.* 9. §. 1. & 2. *de publiciana leg.* 9. §. *ult. de rebus creditis leg. ſi rem* 62. *de evictionibus. leg.* 9. §. *interdum.* 5. *leg. ſi ſervus* 21. §. 1. *de acquirendo rerum dominio. leg.* 3. §. *ſed ſi is* 20. *hoc tit.* §. *interdum* 44. de rerum *diviſione*, nec rei præſentia deſideratur propter latam poſſeſſionem præcedentem ex domini voluntate, ut docet Cujacius *tit.* 4. *obſervationum. epiſt.* 3. Antonius Faber *de erroribus pragmaticorum decade.* 75. *err.* 5. Valentia *d. tract.* 2. *cap.* 14. niſi forſan præcedens poſſeſſio citra domini voluntatem eſſet acquiſita, quo caſu fictio brevis manus circa rem ſolum præſentem verſatur juxta textum ſic intelligendum ex ſuperiorum interpretum ſententia in *leg. ſi res* 47. *juncta leg.* antecedenti de rei vindicatione, quo etiam referendi ſunt

textus in *leg. non ſolum* 33. §. 1. *verſiculo ſi quis emerit de uſucap. leg.* 1. §. *ult. pro emptore cum ſimilibus juncto* Fabro *d. dec.* 75. *errore* 6. *quidquid dicat* Valentia *D. epiſt.* 14. *num.* 9.

10 Opponuntur tamen licet vulgares non vulgariter exponendi textus in *leg.* 3. §. *ſires* 18. *hoc tit. leg.* 1. §. 2. *leg. inficiundo* 67. *de furtis* in quibus depoſitarius, qui depoſitum inficiatur, non prius fortum comittit, aut ſtrictam poſſeſſionem acquirit, quam rem apòd ſe depoſitam lucrifaciendi cauſa contrectaverit; ergo lata poſseſsio ſolo animo abſque contrectatione in ſtrictam non mutatur; cui difficultati poſt antiquiores fere omnes reſpondet Cujacius *tit.* 26. quæſtionum Papiniani in *reg. ſi rem mobilem.* 47. *hoc tit.* & Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *num.* 23. quibus & anteceſſores noſtri conſentiunt brevis manus fictionem in veteris poſseſſotis voluntate fundari, & depoſitarium qui invito domino furtum commitere intendit propter repugnantem domini volutatem, non prius ſtrictam poſſeſsionem nanciſci, quam ex integro rem aprehenderit, hæc tamen communis ſolutio merito diſplicuit Bartholomeo Cheſio *lib.* 1. *interpretationum juris, cap.* 36. *per totum* qui docet depoſitarium ſolo furandi animo abſque nova contrectatione furtum committere, & ſtrictam poſſeſſionem acquirere, & in eam rem expreſſam Papiniani deciſionem expedit in *dict. leg.* 47. *hoc tit.* cui non rectè relati interpretes occurrunt, qoam Cheſii ſententiam ſic accipio, depoſitarius, qui præſentem juraudi animum habet, ſtatim abſque ulla contrectatione furtum committit, & ſtrictam, quamvis injuſtam poſseſsionem acquirit, non quidem per fictionem brevis manus, ut falſo ſentire videtur Cheſius, quia fictiones omnes æquitate nituntur, ut docet Antonius Faber *tit.* 19. *conjecturarum cap.* 16. *& tit.* 20. *cap.* 16. nulla autem æquiſitatis ratio pro reo furandi conſilio favere dici poteſt, ſed quia ſtricta poſſeſsio corpus & animum proprio nomine detinendi requirit, depoſitarius autem, qui rem corporaliter alieno nomine detinet hoc ipſo, quod animum mutet, & ſibi poſſidere conſtituat, habet quidquid ad ſtrictam poſſeſsionem acquirendam requiritur, Sed dices? ergo in juribus *præcedenti num.* adductis lata poſſeſsio ſolo animo brevis manus fictione in ſuper habita in ſtrictam debet mutari: Reſpondeo in prædictis juribus non ſimpliciter agi de acquirenda poſſeſsione quaſi à veteri poſseſsore, in quam rem brevis manus fictione opus non eſt, quæ actum traditionis occultet, idcoque veteris poſseſsoris voluntatem latam poſseſsionem in ſtrictam ſolo animo, abſque ulla fictione mutari deciditur. Nec tunc obſtat textus in *dict. leg.* 3. §. 18. *hoc tit. & in dict. leg.* 1. §. 2. *de leg.* 67. *de furtis* qui ſolum probant, depoſitarium etſi animum habeat in futurum inficiandi, aot etiamſi de præſenti depoſitum inficietur abſque intercipiendi animo, pro ut in terminis textus in *leg.* 3. §. *eſt autem* 22. *depoſiti & in leg. ſi quis rem* 20. *hoc tit.* non ideo furtum committere, quod abſque præſenti furandi animo non committitur, nec magis ſtrictam injuſtamque poſſeſſionem acquirere, ut latius proſequitur Cheſius *dict. lib.* 1. *cap.* 36.

11 Aliæ etiam plures brevis manus fictiones ſpecies ſunt ex ſuperioribus facile exponendæ, veluti ſi quis debitorem ſuum alteri mutuam pecuniam dari juſſerit per traditionem à debitore factam liberatio contingit & mutuum contrahitur, *leg. ſingularia* 15. *de rebus creditis, leg. qui negocia* 34. *mand. ſimiles caſus* 8. *ſtant in leg. licet* 45, §. 1. *de jure dotium, leg.* 3. §. *ult cum leg ſequenti. leg. ſi quod* 56. *de donationibus inter virum & uxorem*, ulterius ſi convenerit ut procurator pecuniam ex cauſa mandati debitam tanquam mutuam retineat, ſtatim mandati obligatio extinguitur, & mutuum contrahitur *d. leg.* 15. *de rebus creditis.* rurſus ſi, is à quo motua mutua pecunia peteretur, cum eam non haberet, lancem petenti dederit, ut eam venderet, & prætio ex ejus venditione deducto uteretur per fictionem brevis manus mutuum contractum eſſe conſtat ex *leg. rogaſti* 11. *de rebur creditis, ut ex leg. rogaſti* 19. *de praeſcriptis verbis.* His tamen acritir reſiſtit Africanus in *d. eg.* 34. *mandati* qui licet admittat mutuom contrahi per fictionem brevis manus in caſu depoſiti converſi ex poſtfacto in mutuum; & in caſu delegationis factæ à creditore, ut à debitore ſuo mutua pecunia peteretur, noluit tamen fictionem hanc admittere in duobus ultimis caſibus, pecuniæ ſcilicet exactæ à procuratore, cui mutuam eam dominus nuda conventione conceſsit, & lancis traditæ, ut pecunia ex ejus venditione redacta mutua fieret. Hujuſmodi diſſidium inter Africanum in *dict. leg.* 34. & Ulpianum in *dictis legibus* 11. & 15. *de rebus creditis*, ſi ex bona fide cenſendum eſt, nulla alia via poteſt ſedari, quam ſi dicamus cum Galvano *de uſufructu epiſt.* 33. *num.* 14. & aliis pluribus, quos referunt & ſequitur Retes *tit.* 2. *opuſculorum ſectione* 1. *cap.* 1. *num.* 9. & Oroz *tit.* 3. *de apicibus cap.* 8. *num.* 1. fictionem brevis manus Adriani tempore, quo floruit Africanus jure ſingulari admiſſam in caſu depoſiti propter præcedentem latam poſſeſsionem ex domini voluntate, in caſu delegationis propter debitoris traditionem creditoris nomine factam ad alios caſus pecuniæ à procuratore exactæ & lancis vendendæ traditæ ab Africano extendi non potuiſſe argumento tèxtus *in leg. quod vero* 14. *de legibus*; extenſam autem fuiſſe ab Ulpiano qua polluit fretus autoritate ex principali permiſſo brevis manus fictionem ad ſimiles caſus porrigere auſus fuir, vel quia magis ad æquitatem proclivis minuſque conſtituti juris tenax fuit, quam Africanus, ut laudati interpretes obſervarunt.

Ne tamen vos fallat Donelli interpretatio in 12
poſthumis commentariis ad textus in dictis legibus 11. & 15. *de rebus creditis*, qua communiter noſtri profeſſores utuntur, ut in concordiam redigeret Ulpianum & Africanum, eam præter morem meum refellere decrevi; ait igitur Donellus Ulpianum, dum mutuum contrahit, admitere io caſu pecuniæ à procuratore exactæ, de præſente procuratore loqui, Africanum autem in eiſdem terminis contrarium decidentem de abſente procuratore tractare ut conſtat ex ejus littera & brevis manus fictione quæ ad inſtar cæterarum fictionum, licet ſit de falſo debet tamen eſſe de poſſibili, *leg. ſi pater familiaris* 15. §. *ult. cum leg. ſequenti de donationibus* §. *minorem* 4. *inſt. eo-*

titulo in terminis ſolum præſentis procuratoris locum habere, qui pecuniam domino reddere, & ab eo rurſus mutuam accipere pet rerum naturam potuerit, non autem in terminis abſentis procuratoris, qui cum per rerum naturam pecuniam domino reddere, & ab eo iterum accipere non pouetit, nec etiam pecuniam reſtituiſſe, & rurſus recepiſſe fingi poteſt, quæ differentia inter abſentes & præſentes procuratores fulciri non male poteſt ex *leg. donationes* 31. §. 1. *de denationibus leg. quod ſtatu liber* 41. *in fin. de mortis cauſa denationibus & ex leg. ſalcius* 43. §. *ſi is qui non debitum.* 2. *de furtis*, in quibus ad brevis manus fictionem inducendam partium præſentiam Ulpianus & Papinianus deſiderant. Rutſus nec quoad caſum lancis vendendæ traditæ Africanum, & Ulpianum diſſenſiſſe Donellus exiſtimat, nam Ulpianum exaudit de lance ita vendenda tradita, ut nummis ex ejus venditione redactis venditor uteretur Africanum autem intelligit de lance ita vendenda tradita ut in ea non in pretio ex ejus venditione redacto mutuum conſiſteret, quod ideo iuutiliter contrahitur, quia in rebus ſolum fungibilibus cònſiſtir *leg.* 2. §. *de rebus creditis.* neutra tamen ex his interpretationibus poteſt admitti, non 1. quia partium abſentia reſtitutionis, & interactæ traditionis difficultatem, non impoſſibilitatem inducit argumento elegantis ad rem textus in *leg. continuus* 137. §. *illud.* 4. *de verborum obligationibus*: junctis quæ pro ejus explicatione adverſus eundem Donellum ad rem aliam diſputavi in *Academicis* ad *tit. ff. de eo quod certo loco dare oportet cap.* 1. ſola autem impoſſibilitas non etiam difficultas brevis fictioni, ſicut & cæteris fictionibus obſiſtit. Nec Donellum juvant textus in *dict. leg.* 41. de mortis cauſa donationibus, deſumptique un ex *libro* reſponſorum Papiniani, quo circa præſentium partium fir mentio, nou quaſi ad fictionem ſit neceſſaria, ſed quia ita contigerat in facti ſpeciebus, quas Papinianus referebat; nec magis Donello Favet textus in *dict. leg.* 43. §. 2. *de furtis*, ubi præſentia delegantis requiritur ad hoc ut furtum amittat, quia improbus furandi animus in caſu abſentiæ non æque facilè præſumitur: nihil igitur refert quoad brevis, manus fictionem præſens an abſens ſit procurator, cui exacexactam pecuniam dominus mutuam conceſſit. Facilius 2. Donelli interpretatio convincitur tum ex integro Africani contextu in *dict. leg.* 34. *mandati* ex quo conſtat lancem ita vendendam traditam fuiſſe, ut nummis ex ejus venditione redactis venditor uteretur, tum ex ejus deciſione, qua reſpondet pecuniam ex venditione redáctam, ejuſqne lancem vendendam accepit periculo futuram, quod non ita procederet, niſi lancis traditio eo adhibito conſilio præceſſiſſet, ut pecunia ex ejus venditione redacta venditor uteretur *leg.* 4. *in fin. principii* de rebus creditis; nulla igitur inter Africanum & Ulpianum conciliationis ratio ſubeſt prætet temporum diverſitatetem quibus uterque floruit, ut dixi *num.* præcedenti.

13 Emergit ex his nova ingenſque difficultas, quæ jam diu valdè me torſit; diximus, quod ſi quis debitori alteri mutuam pecuniam dare juſſerit debitoris traditione ſequutâ per fictionem brevis manus liberatio ipſo jure contingit, perindè ac ſi debitor pecuniam ſolviſſet *dict. l.* 15. *de rebus creditis cum aliis adductis n.* 11. & ſimiliter, ſi convenerit ut procurator pecuniam ex mandato debitam tanquam mutuam retineat, obligatio mandati ipſo jure extinguitur, ac ſi Dominus pecuniam à procuratore accepiſſet *dict. l.* 11. *de rebus creditis*, cui & illud ſimile eſt, quod ſi mulier ſuo debitori nuprura, quod ſibi debetur, & dotem promittat per brevis manus fictionem dotis obligatio cònſtituitur, & vetus obligatio ipſo jure finitur, perindè ac ſi à marito pecuniam accepiſſet; eique poſt modum in dotem dediſſet, *l. ſi ei nuptura* 29. *ſi mulier* 77. *cum aliis de jure dotium*; Donellus in *dict. tit.* 15. *de rebus creditis num.* 35. ex quibus difficillimum ſanè redditur; quod vulgo dicitur, & verum eſt, pactum liberatorium, ſeu de non petendo non ipſo jure, ſed exceptionis auxilio obligationèm extinguere *l. unus* 27. §. *pactus* 2. *de pactis* §. *praterea* 3. *inſt. de exceptionibus*; ut latè præterito anno diſſerui in *accademicis de pactis liberatoriis*, *cap.* 3. *per totum*; nam quiſquis gratuito de non petendo paciſcitur hoc ipſo quaſi quamdam donationem exercet *l. in adib.* 9. *de donationibus cum aliis*, & eo animo eſt, ut debitor quaſi ex donationis cauſa debitam pecuniam retineat: ergò poſito pacto de non petendo per fictionem brevis manus, inſuper habito exceptionis auxilio ipſo jure debitor liberatur, perindè ac ſi per pecuniam debitor ſolviſſet, eamque poſteà ex cauſa donationis accepiſſet, quemadmodum & in ſuperioribus caſibus ſola conventione per brevis manus fictionem abſque ope exceptionis liberatio ipſo jure contingit.

Cui difficultati ſolâ juris ratione ductus reſpondeo brevis manus fictioni in liberatorio pacto locum non eſſe ex defectu voluntatis creditoris, qui dum de non petendo paciſcitur, non id agit, ut pecuniam donet debitori, ſed ſe ſolum non petiturum pollicetur, inter quæ duo multum intereſt. Si creditor pecuniam ſibi debiram debitori donaret, abſque dubio per fictionem brevis manus ipſo jure obligatio extingueretur, & donatio perficeretur, ac ſi debitor pecuniam priùs debitori ſolviſſet, & ab eo mox ex causâ donationis accepiſſet, ut à ſimili probant textus in *dict. l.* 15. *de rebus creditis*, & in *dictis legibus* 25. & 77. *de jure dotium*, at quia pecuniam creditor debitori non donat, ſed eam dumtaxat ſe non petiturum pollicetur, eo animo eſt, ut in ipſo jure obligationem extinguat, quam nec ipſo jure poſſet extinguere, etſi maximè vellet, cum pactum non ſit modus inducendæ aut extinguendæ obligationis, niſi donationis cauſam expreſſerit, quæ in dubio non præſumitur argumento textus in *l. cum de indebito* 25. *de probationibus*, præcipuè cum non leves utilitates creditor ſentiat ex eo quod non ipſo jure, ſed ope exceptionis debitor liberetur, tum quia pacti exceptio fidejuſſori adversùs reum regreſſum non habituro non prodeſt, *l. quod dictum* 32. *de pactis*, tum quia debitori exceptionem in judicio opponere opus eſt, cujus poſt rem judicatam opponendæ facultas non ſupereſt ex generali regulâ textus in *l.* 2. *C. ſententiam reſcindi non poſſe*, quibus profectò utilitatibus creditor fraudaretur, ſi liberatorium pactum brevis manus fictionem involuerer, quæ contra ejus voluntatem induci non debet ex vulgari

rehulâ textus in *l. non omnis 19. de rebus creditis*; ſed dices pactum de non petendo, veluti quædam eſt donationis ſpecies *dict. l. 9. de donationibus*: ergò ex voluntate creditoris paciſcentis brevis manus fictionem involvit, & ipſo jure obligationem extinguit: Reſpondeo pactum de non petendo eſſe donationis ſpeciem in genere liberalitaris, quam exercet, qui licet minùs planè liberare debitorem intendir circà textum ſic intelligendum in *dict. l. 9. de donationibus*, non tamen veram & propriam donationem conſtituere qualis ad brevis manus fictionem, & inducendam ipſo jure liberationem requiritur circa textum ſic accipiendum in *dict. §. interdum 43. inſt. de rerum diviſione.*

15 Quartus, ultimuſque acquirendæ poſſeſſionis interpretativus modus per aliud miniſterium brevis manus fictione coadjuvatum expeditur, ut ecce per retentionem uſusfructus factam ab eo, qui rem aliquam douat, vel vendit, ſtricta poſſeſſio emptori, vel donatorio ſtatim acquiritur, *l. quiſquis 28. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem 5. C. de donationibus*, *l. ult. C. Theodoſiano eodem tit.* Ex quâ cooſtat hunc interpretativum acquirendæ poſſeſſionis modum non ex imperialibus conſtitutionibus originem trahere, ſed priſco etiam jure fuiſſe receptum, quamvis Theodoſius initio non per uſusfructus retentionem, ſed per veram traditionem, donationem perfici debere contra veteris juris diſciplinam noviter ſtatuiſſet in *l. donationes 8. C. Theodoſiano de donationibus*, non quia eum, qui retento uſufructu donat, abſque porfecto animi conſilio, donare credidiſſet, ut falſo exiſtimabat Galvanus de uſufructu, *cap. 34. num. 2.* ſed ut profuſis donationibus occurreret, eaſque ſic quodam modo coerceret, ut meliùs conjectatur Jacobus Gothofredus in *dict. l. ult. C. Theodoſiano de donationibus*: in quâ idem Theodoſius novam ſuam conſtitutionem abrogavit, & priſtinum jus ad obſervationem reduxit, & meritò, poſſeſſionis & dominii retentionem uſusfructus tranſlatio in re propriâ conſiſtere non poſſit *l. utifrui 5. ſi uſusfructus petatur l. cum in fundo 78. de jure dotium*, & uſusfructuarius licet jus ipſum uſusfructus ſtrictè, & ſibi quaſi poſſideat, rem tamen, in quâ uſusfructus conſiſtit latè ſolum & non proprio, ſed alieno ſcilicet nomine proprietarii poſſideat, & alienæ poſſeſſionis beneficium ſeu miniſterium exhibeat, ut latè dixi *præced. cap. n. 12. cum tribus ſequentibus*, docent Antonius Gomez in *dict. l. 45. tauri num. 63.* Giſanius in *dict. l. 28. C. de donationibus*, Jacobus Gothofredus in *dict. l. ult. C. Theodoſiano eodem tit.* nec obſtat textus in *l. ſeja 42. de mortis causâ donationibus*, ubi ponit Papinianus rem traditam fuiſſe, & uſumfructum retentum, quaſi eo tempore per retentionem uſusfructus traditio non induceretur, quia cum ille textus deſumptus ſit ex titulo reſponſorum Papiniani, traditionis mentio ſit, non quia uſusfructus retentio pro traditione non cedat, ſed quia in facti ſpecie præter uſusfructus retentionem, veram etiam traditionem interveniſſe à conſulto proponebatur.

16 Difficiliores profectò ſunt nondum obſervati ad rem textus, ex quibus probari videtur uſusfructus digeſtorum jure pro traditione non cedere in *l. qui uſusfructus 36. §. 1. de uſufructu*, *l. ſempronius 26. verſiculo, dices de uſu & uſufructu legato*, & *in l. cum qui 56. §. ſi à te 7. de verb. oblig. in dict. l. 36. §. 1.* Proponit Africanu: ſtipulatum aliquem fuiſſe fundum Cornelianum detracto uſufructu & promiſſorem deceſſiſſe, quæritur an ejus hæredes plenam aut nudam proprietatem ſtipulanti præſtare teneantur: & reſpondet multum intereſſe, quâ mente uſusfructus exceptus ſit, nam ſi quidem hoc argumentum eſt, ut promiſſori dumtaxat uſusfructus reſervaretur, plenam proprietatem hæres debebit, ſi autem id actum ſit, ut promiſſori & ejus hæredi uſusfructus reciperetur, nudam ſolam proprietatem, hæres ſtipulanti debebit, tunc ſic: ejus hæres qui detracto uſufructu fundum promiſit, nudam proprietatem ſtipulanti debere dicitur: ergò ſola uſusfructus retentio Africani temporibus pro traditione non cedebat, patet conſequentia, nam ſi uſusfructus retentio traditionis vicem gereret, ſtipulator ſtatim fundi poſſeſſionem & dominium acquiſiiſſet, nec fundus ipſi deberetur, cum res propria domino deberi dici non poſſit, & id quod alicui debetur proprium ejus non ſit, *l. Quintus Nutius 27. §. argumento 2. l. ſcribit 34. de auro & argento legato l. 1. in principio deliberatione legatâ §. 1. & §. ſic itaque diſcretis 14. inſt. de actionibus*: hoc ipſum docere videtur Paulus in *dict. l. 26. de uſu & uſufructu legato*, ubi ſi teſtator hæredem damnaverit, fundum detracto uſufructu poſt decenium alicui præſtare, diem quidem legati ſtatim cedere fatetur conſultos, uſumfructum tamen nondum hæredis eſſe affirmat, niſi cum dominium detracto uſufructu legatarius præſtiterit: ergò in ſententiâ Pauli præter uſusfructus retentionem ad poſſeſſionis & dominii tranſlationem vera traditio deſideratur. Africano & Paulo adſtipulari videtur Julianus in *dict. l. 57. §. 7. de verb. oblig.* ubi ſi quis fundum ab alio ſtipuletur, & ab alio eumdem fundum detracto uſufructu fundo à priori promiſſore dato is etiam liberatur, qui eumdem fundum detracto uſufructu promittit: ergò uſusfructus retentio pro traditione non eſt, alioquin fruſtrà de ejuſdem liberatione ageretur, qui detracto uſufructu fundum promittit. Denique hoc idem aſſumptum ex eo ſuadetur, quod per proprietatis retentionem uſusfructus non conſtituitur, niſi inductio in fundum, vel patientia utendi, & fruendi intervenerit, *l. 3. in principio verſiculo dato de uſufructu*. ergò ex contrario ſola uſusfructus retentio dominium & poſſeſſionem abſque verâ traditione non transfert.

Sed nec hujuſmodi jura ſuperiori ſententia 17
refragantur, nam difficultati ex *d. l. 36. de uſu & uſufructu*, deſumptæ reſponderi primò poteſt, ex eo quod nuda proprietas ſtipulanti deberi dicatur non inferri, quod ſola uſusfructus retentio pro traditione non cedar, nam licet res propria domino proprietatis non debeatur, impropriè tamen deberi ſæpè dicitur, ut vulgò notant Interpretes *in principio & §. 1. de actionibus*. 2°. Dici poteſt Africanum, qui brevis manus ſtrictionem quibuſdam caſibus ſuo tempore receptam ad alios etiam ſimiles extendere auſus non fuit, ut dixi *num. 11.* nec uſusfructus retentioni, quæ brevis manus fictione coadjuvarur, vim traditionis tribuiſſe. Secundæ difficultati deductæ ex *dict. l. 26. de uſu*

&

& uſufructu legato, reſpondeo, quod cum tota ratio transferendæ poſſeſſionis per retentionem uſusfructus ex eo deſcendat, quod qui uſumfructum ſibi retinet, hoc ipſo alterius nomine rem incipit poſſidere, quoties teſtator damnat hæredem, ut fundum deducto uſufructu alicui præſtet, non priùs fundi poſſeſſionem & dominium legatarius acquirit, quam vel fundum verè apprehenderit, vel inter utrumque, legatarium ſcilicet & hæredem convenerit, ut hæres uſumfructum ſibi retineat, ut ſic hæres legatarii nomine fundum incipiat poſſidere, unde Paulus in *dict. l.* 26. ad hoc ut uſusfructus à proprietate ſepararetur, & penes hæredem in ratione ſervitutis perſiſtat, non præcisè veram fundi traditionem deſiderat, ſed quod hæres fundi dominium deducto uſufructu, legatario præſtiterit, quod per uſufructus retentionem conventione habitâ cum legatario non minùs, quam per veram fundi traditionem expeditur; facilior eſt tertiæ difficultatis ſolutio, nam Julianus in *dict. l. 56. §. 7. de verb. oblig.* expreſsè loquitur de fundo alieno, detracto uſufructu in ſtipulationem deducto, hujus dominium per uſusfructus retentionem non magis, quam per veram traditionem in ſtipulantem transfertur ex vulgari regulâ textus in *l. traditio 20. de acquirendo rerum dominio. l. nemo plus 54. de regulà juris.* Nec tamen obſtat, quod ex proprietatis retentione uſusfructus ſtatim non conſtituatur, is namque qui proprietatem retinet, cum adhuc rem proprio nomine poſſideat, alterius nomine poſſidere dici non poteſt, ex contrario autem qui retento uſufructu rem alienat, ſibi poſſidere deſinit, & proprietarii nomine incipit poſſidere, cujus poſſeſſionis miniſterium exhibere dicendus eſt argumento textus in *dict. l.* 18. *hoc tit.*

18 Aliis etiam modis per alienum miniſterium brevis manus fictione coadjuvatum poſſeſſio transfertur, veluti ſi quis rem vendiderit, aut donaverit, eamque à venditore, vel donatario conduxerit, poſſeſſionem & dominium ſtatim abſque verâ traditione in emptorem vel donatarium transfert, *l. quadam mulier 77. de rei vindic.* quia in re propriâ conductio non conſiſtit, *l. nec pignus 45. de regulis juris*, *l. qui rem 20. C. de locato aut conducto*, eumque non ſtrictè, ſed latè dumtaxat poſſideat, & alienæ poſſeſſioni præſtet miniſterium, ut dixi *præced. cap. num.* 19. ſtrictam poſſeſſionem locatori confeſtim acquirit, *l. ſervi 16. de periculo & commodo rei venditæ* faciunt etiam textus in *l. qui bona fide 19. l. interdum 21. §. ult. hoc tit.* in quibus qui rem, quam ſtrictè poſſidebat, ab alio conducit, hoc ipſo ſtrictam poſſeſſionem amittit, & latè poſſidere incipit, id eſt locatoris nomine, cui ſtrictam poſſeſſionem acquirit, docent Antonius Faber in *rationali* ad textum in *dict. l. 77. de rei vindicatione & de erroribus pragmaticorum decade 75. errore* 10. Antonius Gomez in *dict. l. 45. tauri num.* 66. cui doctrinæ opponi videtur textus in *l. qui univerſus 30. §. quod per colonum 5. hoc tit.* ubi quod per colonum defunctus poſſidebat, hæres non aliter poſſidere dicitur, quam ſi poſſeſſionem ipſe nanciſcatur. Ergò conducto ſtrictam poſſeſſionem locatori non acquirit, alioquin hæres per colonum abſque verâ & naturali apprehenſione ſtatim poſſidere inciperet, quod per eum defunctus poſſidebat. Nec difficultatem diſſolvit, qui cum Giſaneo, & Cujacio dixerit, ideò id, quod per colonum defunctus poſſidebat, non priùs hæredem poſſideri, quam rem ipſe realiter apprehenderit, quia rerum hæreditariarum poſſeſſio ad differentiam dominii ſolo animo non poteſt acquiri ex vulgari regulâ textus in *dict. l. 23. hoc tit.* nam ſi vera eſſet, quæ de poſſeſſione per alienum miniſterium brevis manus fictione coadjuvatum transferenda huc uſque diximus, hæres profectò proprio animo & coloni ſimul corpore, ſeu miniſterio ſtrictam poſſeſſionem ante veram & realem apprehenſionem ſtatim acquireret. Quapropter ex mente Antonii Gomez ubi nuper *num. 67. cum ſequenti*: reſpondendum meliùs eſt ſententiam conſulti in *dict. tit. 30. §. 5. hoc tit.* ad eum caſum debere reſtringi, quo conductor poſt obitum locatoris hæredis nomine poſſidere non vult, tunc enim hæres per colonum non poſſidet, argumento textus in *l. 1. §. hæc quæ de ſervis 19. hoc tit.* Alioquin ſi conductor eum locatoris hæredem recognoſcens ejus nomine poſſidere velit, hæres per conductoris miniſterium ſtrictam poſſeſſionem interpretativè acquirere dicendus erit ex ſuprà traditis, & argumento textus in *cap. cum veniſſet 9. de reſtitutione ſpoliatorum*, juncto ibi Domino Gonzalez *num.* 3.

19 Poſſeſſorium denique conſtitutum tam ex Romanorum jure, quam ex hodiernâ praxi interpretativus eſt transferendæ poſſeſſionis modus per alienum miniſterium brevis manus fictione fulcitum, veluti ſi quis dum rem aliquam diſtrahit, aut donat in inſtrumento ſuper eâ re confecto fateatur ſe ſtatim poſſeſſorem conſtituere emptoris, aut donatoris nomine, quaſi rem precario rogaret, aut conduxiſſet, quæ conſtituti clauſula in omnibus ferè inſtrumentis apponi conſuevit, & perindè poſſeſſionis tranſlationem operatur, ac ſi vera conditio interceſſiſſet, nam eo ipſo quod quis alieno nomine poſſidere conſtituit, ipſe proprio nomine poſſidere deſinit, & alieno poſſidere, ſeu alienæ poſſeſſioni miniſterium incipit exhibere *dict. l. 14. in principio hoc tit.* docent plura circà poſſeſſorium conſtitutum latè diſſerentes Cujacius *tit. 19. obſervationum cap.* 18. Oſualdus *tit. 5. commentariorum Donelli cap. 10. litt. B.* Antonius Gomez *tit. 2. variarum cap. 2. num.* 1. & in *dict. l. 45. tauri num. 78. cum pluribus ſequentibus*, & alios referens Valeotia & Otoa *dict. tit. cap. 12. num. 18. cum duobus ſequentibus*, ex quorum traditionibus ad poſſeſſionem per poſſeſſorium conſtitutum transferendum duo requiruntur. 1°. Conſtituentem tempore conſtituti poſſidere opus eſt, alioquin poſſeſſio, quæ penes conſtituentem non ſit, ei in cujus favorem ſit conſtitutum acquiri non poteſt ex vulgari regulâ textus in *l. traditio 20. de acquirendo rerum dominio cum ſimilibus*, hinc ſi conductor, qui latè ſolum, non etiam ſtrictè poſſidet rem conductam, vendiderit, eamdemque à venditore rursùs conduxerit, ſtrictam poſſeſſionem quam ipſe non habuit, in emptorem non transfert, *l. quamvis 32. §. 1. hoc tit.* licet rei venditæ conductio regulariter interpretativus ſtrictæ poſſeſſionis transferendæ ſit modus *dict. l. 77. de rei vindicatione*, junctis quæ dixi *num. præcedenti*. 2°. Ejus in cujus gratia ſit conſtitutum, exigitur conſenſus, animus enim ſubſtantiale eſt acquirendæ poſſeſſionis requiſitum, quapropter

I

abſenti per poſſeſſorium conſtitutum poſſeſſio non aliter acquiritur, quam ſi vel antè conſtitutum acquirendæ poſſeſſionis animum per epiſtolam ſcripſerit, & conſtituentem ſuum quodam modo procuratorem effecerit, vel poſt conſtitutum poſſeſſionis acquiſitionem ratam habuit argumento textus in *l. communis* 12. §. 1. *hoc tit. l. certè* 6. §. 1. *l. precaria* 9. *de precario.* Hoc tamen ſecundum requiſitum quamvis communiter ab Interpretibus traditur, falſum videtur, & abſenti per poſſeſſorium conſtitutum poſſeſſionem etiam antè ratihabitionem ſtatim acquiri ex eo ſuaderi poterat, quod conſtitutum poſt perfectam jam emptionem fit, quo tempore emptor in cujus favorem fit conſtitutum, animum profectò habet acquirendæ poſſeſſionis, quemadmodum & dominus, qui procuratori rem emendam mandavit, hoc ipſo acquirendæ poſſeſſionis animum habet, eamque abſque novo mandato per procuratorem acquirere dicitur *d. l.* 42. §. 1. *hoc tit.* Verum adhuc dicendum eſt inter hos caſus plurimum intereſſe. Dominus etenim, qui procuratori rem emendam mandavit per eum poſſeſſionem acquirere velle ſatis ſignificavit; is autem, qui rem emit, & in cujus favorem fit conſtitutum, animum quidem habet acquirendæ poſſeſſionis, non tamen per venditorem, eundemque conſtituentem ſe acquirere velle declaravit, quod omninò ad acquirendam poſſeſſionem requiritur.

20 Circà hæc tamen, quæ de interpretativis acquirendæ poſſeſſionis modis hactenùs aſſeruimus, nonnullæ difficultates occurrunt, nam cùm poſſeſſio in facto tota conſiſtat, licet plurimum ex jure mutuetur, ut ait Papinianus in *l. poſſeſſio* 49. *hoc tit.* & latè fundat poſt noſtrum Valentiam *tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 2. *ex num.* 36. Galvanus *dict. cap.* 33. *num. ult.* Cheſius *tit.* 1. *interpretationum cap. ult. num.* 122. Aſin. *ad rubricam C. de uſucapione pro emptore*, *ex num.* 196. Santolaria *lib. ſingular. interpretationum cap.* 12. *num.* 6. fictiones omninò non admittit, ut in terminis probant vulgares, diſerti tamen textus in *l. denique* 14. *ex quibus cauſis majores*, *& in l. in bello* 12. §. *facti* 2. *de captivis*: ergò longæ, aut brevis manus fictio inter interpretativos acquirendæ poſſeſſionis modos recenſeri non debet. Rursùs cum fictionis ea ſit natura, ut quatenùs neceſſitas exigit, inducatur, & neceſſitate conſtante evaneſcat, ut docet Antonius Faber in juriſprudentia Papinian. *tit.* 2. *principio* 5. *illatione* 3. ad transferendam ſanè poſſeſſionem per conductionem ex venditione factam *in dict. l.* 77. *de rei vindicatione*, & per uſusfructus retentionem ab eo factam, qui nudam proprietatem alienat in *dict. l.* 28. §. *de donationibus*, & per poſſeſſorium conſtitutum *dict. l.* 18. *hoc tit.* brevis manus fictio tanquam ſuperflua non deſignari videtur, his namque caſibus conductoris uſumfructum retinentis, ac conſtituentis miniſterium per ſe ſolum brevis manus fictione ſecluſa, efficax eſt ad transferendam poſſeſſionem, ſicuti & nudum procuratoris miniſterium abſque ullâ fictione ad acquirendam domino poſſeſſionem ſufficere certum eſt, *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *dict. l.* 42. §. 1. *hoc tit.* ergò falſo diximus in ſuperioribus ſpeciebus per alienum miniſterium brevis manus fictione fultum poſſeſſionem acquiri.

21 Quibus difficultatibus unica ſolutione reſpondendum exiſtimo, verum quidem eſſe circa poſſeſſionem tanquam in facto conſiſtentem fictiones ſolum habere non poſſe *dic. l.* 19. ex *quibus cauſis majores dic. l.* 12. §. 2. *de captivis*, & brevis manus fictionem, non efficere, ut poſſeſſio acquiratur quod per fictionem fieri non poteſt, ſed ut ab uno in alterum legitime translata intelligatur, ut ſatis conſtabit, ſi per ſingulos interpretativos acquirendæ poſſeſſionis modos in quibus brevis manus fictionis locum eſſe docuimus, breviter diſcurramus in *dict.* §. 43. *inſt. de rerum diviſione cum ſimilibus.* Depoſitarius, qui rem depoſitam apud ſe emit, brevis manus fictione inſuper habita, ſtrictam illam poſſeſſionem acquirit, quia ubi animum mutat, & ſibi poſſidere conſtituit, habet quidquid ad ſtrictam poſſeſſionem exigitur, brevis autem manus fictio id ſolum operatur, ut poſſeſſio à veteri poſſeſſore in depoſitarium legitimè translata intelligatur, perinde ac ſi revera traditio interceſſiſſet; fingitur quidem depoſitarium rem reſtituiſſe, eamque rurſus à veteri poſſeſſore ex nova emptionis cauſa accepiſſe, quod omne licet facti ſit, fingi tamen poteſt, non quidem quoad poſſeſſionem quia in facto ſola ejus ſubſtantia conſiſtit, ſed quoad juris effectus fictiones namque omnes circa factum verſantur, facta tamen pro infectis, vel infecta pro factis non quoad res in facto conſiſtentes, ſed quoad juris effectus aſſumunt, ut videre eſt in poſtliminii & legis corneliæ fictionibus, & dixi in *academicis* de uſucapionibus, *cap.* 4. *num.* 12. brevis igitur manus fictio ad inſtar cæterarum fictionum in facto quidem verſatur, non tamen poſſeſſionis acquiſitionem inducit, ſed poſſeſſionem ab uno in alterum legitime tranſlatam, quod juris eſt, fingit, idem dicendum eſt circa brevis manus fictionem, quæ vertitur in *dict. leg.* 15. *de rebus creditis cum ſimilibus.* Similiter & in his caſibus, in quibus per alienum miniſterium brevis manus fictione coadjuvatum poſſeſſionem transferri ſupra diximus, brevis manus fictio nec neceſſaria eſt, nec etſi maxime neceſſaria eſſet, locum haberet in ordine ad acquirendam poſſeſſionem, quæ omni fictione ſecluſa rectè per alienum miniſterium acquiritur, ſed in id ſolum deſervit, ut poſſeſſio ab uno in alterum legitime tranſlata intelligatur, fingitur quidem in *dict. leg.* 77. *de rei vindicatione*, venditor emptori rem tradidiſſe eamque ex conductionis cauſa accepiſſe, & in *dict. leg.* 18. *C. de donationibus*: eum qui retento uſufructu, donavit rem, prius donatario tradidiſſe, eamque rurſus ex uſusfructus cauſa accepiſſe, & in *dict. leg.* 18. *hoc tit.* venditorem conſtituentem rem emptori traditori & ab eo mox accepiſſe, nulla tamen ex his fictionibus poſſeſſionis acquiſitionem operatur, quæ per alienum dumtaxat miniſterium expeditur, ſed id ſolum per hujuſmodi fictionem efficitur, ut poſſeſſio à venditore, vel donanre in emptorem, vel donatarium legitimè tranſlata intelligatur, quod non ad ipſam poſſeſſionem, ſed ad juris effectus ſpectat, circa quos fictiones omnes verſantur.

22 Tota tamen noſtri capitis doctrina, quæ ad acquirendam poſſeſſionem veram, & realem apprehenſionem, aut interpretativum aliquem modum deſiderat, ex eo videtur infringi, quod ſæpe in jure noſtro non ſolum abſque vera &

Digitized by Google

reali apprehenſione, ſed & ſine ullo interpretativo modo acquiri poſſeſſionem cavetur, exempla ſuppeditant textus in *leg. ult. de rei vindicatione & in novella* 18. *cap.* 10. in quibus ea mendacis poſſeſſoris pœna eſſe dicitur, ut poſſeſſio in adverſarium ipſo jure ſtatim per judicem transferatur; licet is ſuam eſſe poſſeſſionem nondum probaverit, & in *leg. cum unus* 12. §. *ult. cum leg. ſequenti de rebus autoritate judicis poſſidendis, & in cap. contingit.* 9. *de dolo & contumacia*, in quibus qui in poſſeſſionem mitti juſſus eſt, & vel per adverſarii potentiam, vel rei impedimentum id aſſequi non poteſt, ſtatim ipſo jure verus poſſeſſor abſque ulla apprehenſione vera aut interpretativa conſtituitur & in *leg. emptores* 54. *verſiculo bona C. de Epiſcopis & Clericis.* Ubi ejus bona, qui ſanctimonialem, vel cujuſcumque eccleſiæ diaconiſſam virginem rapuerit in monaſterii, aut eccleſiæ dominium, & poſſeſſionem ipſo jure abſque ulla apprehenſione ſtatim tranſire jubetur & in *leg. unica C. Theodoſiano de poſſeſſione ab eo qui bis provocaverit transferenda.* Ubi qui gentino judicio ſuperatus iterum provocaverit ex eo, quod judicii aleam tam ſæpe tentaverit, eatenus ſtatim plectitur, ut rei petitæ poſſeſsio in adverſarium interim transferatur & in *leg.* 45. *tauri quæ hodie eſt lex.* 8. *tit.* 7. *tit.* 3. *novæ recopilationis* in qua diſponitur, ultimo majoratus poſſeſſore mortuo civilem, & naturalem rerum majoratus poſſeſſionem abſque apprehenſione ſolo legis miniſterio in ſequentem vocatum ſtatim transferri, & in *leg.* 7. *tit.* 4. *partita* 5. qua cautum eſt, ut res ſub modo donatæ, ut poſt certum tempus ad alium tranſeat, eo adveniente dominium, & poſſeſsio abſque aliqua traditione in eum illico transferatur, cum igitur tam pluribus caſibus non modo abſque vera & reali apprehenſione, ſed & ſine ullo interpretativo modo acquiri poſſeſsionem videamus parum rectè ad ejus acquiſitionem veram apprehenſionem aut interpretativum aliquem modum exigimus.

23 Pro quarum difficultatum ſolutione diſcrimen conſtituendum eſt, inter poſſeſsionem & ejus effectus, ita ut poſſeſsio tanquam in facto conſiſtens ſola legis poteſtate abſque vera & reali apprehenſione aut interpretativo aliquo modo acquiri non poſsit, ipſius autem poſſeſsionis effectus tanquam in jure conſiſtentes legis poteſtati ſubjaceant, & per eam non modo abſque vera & reali apprehenſione, ſed & ſine ullo interpretativo modo ex juſta aliqua cauſa poſsint acquiri, prout acquiruntur in juribus *ſuperiori num.* expreſsis, in quibus poſſeſsionis appellatione, non ipſam poſſeſsionem, quatenus facti eſt, ſed ejus effectus, qui ex jure dimanant, accipere debemus, ut docent Molina de primogeniis. *lib.* 3. *epiſt.* 12. Antonius Gomez in *dict. leg.* 45. *tauri num.* 112. Menchaca *tit.* 2. *illuſtrium controverſiarum epiſt.* 57. *& num.* 25. quæ ſolutio ex eo poteſt confirmari quod quamvis jacens hæreditas capax poſſeſsionis non ſit, ut dixi *num.* 5. *cum ſequenti.* effectus tamen poſſeſsionis ipſi ſingulari jure tribuuntur ita ut à defuncto cæptam uſucapionem poſsit continuare, & hæres poſt aditam hæreditatem ante acquiſitam poſſeſsionem cæptam à defuncto uſucapionem poſsit perficere in *leg cæptam* 40. *leg juſto* 44. §. *nondum adita*

3. *de uſucapionibus cum ſimilibus*, *ut latius dixi in Academico de uſucapionibus epiſt.* 4. *num.* 17. cum ſequenti, & in hoc ſenſu cauſa ſcilicet pro effectu ſumpta, ideſt poſseſsione pro uſucapione, defuncti poſseſsio ipſo jure ad hæredem deſcendere dicitur in vulgari textu in *leg. cum miles* 30. *ex quibus cauſis majores*, quæ ſic cum Fabro *in ejus rationali*; & Cujacio *tit.* 3. *quæſt.* Papiniani anteceſſores noſtri receperunt. Sed dices textum in *dict. leg.* 47. *tauri.* non de poſſeſsionis effectibus, ſed de ipſa poſseſſione accipi debere, ibi etenim cavetur ultimo majoratus poſſeſſore decedente, civilem & naturalem rerum majoratus poſseſsionem abſque ulla apprehenſione ſola legis poteſtate in ſequentem vocatum ſtatim transferri, etiamſi alter medio tempore poſseſsionem apprehenderit, quæ quidem deciſsio evincit poſſeſsionem ipſam per legem transferri, non vero ejus effectus dumtaxat qui majoratus ſucceſſori poſſeſsione penes alterum exiſtente à lege concedi non poſſunt, ut ab argumento probat textus *in leg. Pomponius* 13. §. *quæſitum* 4. *hoc tit. leg. poſſeſſio* 20. *de uſucapionibus. leg.* 6. §. *ult. in principio pro emptore* in quibus ſi dum hæreditas jacet, res hæreditaria, quam defunctus cæperat uſucapere, ab alio poſſeſſa ſit, poſſeſsionis effectus uſucapio ſcilicet hæreditati jacenti denegatur: facilè tamen reſpondetur, naturalis & civilis poſseſsionis effectus, qui majoratus ſucceſſori tribuuntur in *dict. leg.* 45. *Tauri* à poſſeſsionis effectu qui jacenti hæreditati tribuitur in eo deflectere, quod licet communi jure intermedia alterius poſseſsio captæ à defuncto uſucapionis continuationem impediat, intermedia tamen rerum majoratus poſſeſsiò à tertio acquiſita jure noſtro regio omnibus effectibus deſtituitur, ita ut tertius nec fructus percipere, nec uſucapere, nec poſſeſſoris remediis uti poſsit, ſicuti & naturali obligationi pupilli & mulieris intercedentis, effectus quos producere naturalis obligatio ſolet, jure communi denegantur, ut omnes ſciunt, quapropter intermedia illa poſſeſsio tanquam omnibus effectibus deſtituta naturalis & civilis poſſeſsionis effectus majoratus ſucceſſori tributos impedire non poteſt, ut tradunt Molina *dict. tit. de primogeniis. cap.* 19. *num.* 19. Menchaca *dict. epiſt.* 57. *num.* 20. Antonius Gomez *in dicta leg.* 49. *tauri num.* 117.

CAPUT TERTIUM.

De retinenda poſſeſſione.

Hic ſiſtere tractationem cogebat, ſi Accademici præſcripti verbis ſtandum eſſet, 1
novum primarii profeſsoris munus, ſupremi ſenatus numine aſpirante, & veſtris præcipue plauſibus faventibus (auditores amantiſsimi) mihi nuper injunctum, ſed quia Academicas leges ſcire non eſt earum verba tenere, ſed mentem, vim & poteſtatem ut de populi Romani legibus aiebat merito conſultus in *leg. ſcire leges* 17. *de legibus.* Magis ad rem veſtram; cui jam diu nulli parcens labori conſului, futurum exiſtimavi deſinentem jam methodicum commentarium proſequi, quàm cum facili alicujus textus expoſitione permutare, poſtquam igitur ſingulos acquirendæ poſſeſſionis modos expoſui, de

ejus retentione diſſerendum ſtatim, circa quam illud firmiter tenendum eſt, ex quo pendent quæcunque ad hanc juris partem ſpectant, ſcilicet poſſeſſionem, quæ non niſi corpore, & animo acquiritur ut *præcedenti capite* vidimus, jam ſemel acquiſitam & in eſſe productam ſolo animo etiam abſque corporali facto retineri *leg. 3. § ſed etſi 7. §. ſaltus 11. leg. clam poſſidere 6. §. 1. leg. 8. §. ſidum in alia 3. leg. ſi id quod 25. §. ult. leg. 30. §. quod per colonum. 5. leg peregre 44. in principio & §. ult. cum duabus legibus ſequentibus hoc tit. leg. 1. §. quod vulgo 25. de vi & vi armata, leg. licet 4. C. hoc tit. 3. poſſidere 5. verſiculo quin etiam inſt. de interdictis.* Paulus *tit. 15. ſententiarum tit. 2. de uſucapionibus in principio.* quod quidem utilitatis cauſa receptum eſt, nam alioquin, ſi id dumtaxat unuſquiſque poſſideret, quod per naturalem inſiſtentiam occuparet, poſſeſſionis retentio à loco poſſeſſo recedendi facultatem auferret, & ſic veluti quandam ſervitutis ſpeciem importaret *leg. Titio 12. de conditionibus & demonſtrationibus leg. 2. de libero homine exhibendo.* Giſanius *in leg. 3. hoc tit. num.* 67. Cujacius *tract.* 7. ad Africanum *in leg. ſi de eo fundo* 40. *§. 1. hoc tit. & tit. 23. quæſt.* Papiniani *in dict. leg. 14. §. ult. eod* Valentia *tit. 1. illuſtrium tract. 2. cap. 2. num.* 26. Bachov. *ad Trebeleum volumine 2. diſp. 21. theſi 4. littera B. accedit*, quód facilius retinemus jam quæſita, quam quæ de novo acquirimus ut vulgo probatur ex *leg. patre furioſo 8. §. de his qui ſunt ſui, vel alieni juris*, & pluribus exemplis, quibus & alia adjicere facillimum eſſet confirmat Oroz *lib. 1. de apicibus epiſt. 13. num. 8. cum duobus ſequentibus*, facilior igitur eſt poſſeſſionis retentio quam acquiſitio, hæc animum ſimul & corpus, illa animum dumtaxat deſiderat, aliam præterea rationem adjungit noſter Valentia *ubi nuper* 27. poſſeſſio inquit, animo ſimul & corpore acquiritur, ergo abſque corpore ſolo animo retinetur, conſequentiam ſic probat; qui rem aliquam duabus apprehenſam manibus habet, licet eam una manu dimiſerit, dum tamen altera acceptam detinet, eam non tenere dici non poteſt, ſimiliter ergo qui corpore ſimul & animo poſſeſſionem apprehendit, licet corporalem detentionem omiſerit, ſolo animo poſſeſſionem retinere dicendus eſt, verum hæc noſtri anteceſſoris ratio ex eo diſplicet, quod ſi vera eſſet probaret etiam ſolo corpore ſine animo poſſeſſionem retineri, cum tamen certum juris privilegium ſit, ſolo animo poſſeſſionem amitti, quamvis rem aliquis corporaliter detineat *dict. leg. 3. §. in amittenda 6. leg. ſi quis vi 15. §. 1. hoc tit. de quarum conciliatione cum leg. quemadmodum 8. eodem ſequenti cap.* agendum erit, ſuperiores itaque duæ rationes conficiunt ut ſolo animo poſſeſſio retineatur, quæ non minus vera & propria eſt, quam quæ corpore ſimul & animo acquiritur, cum non minus quoad retentionem poſſeſſionis animo dumtaxat, quam quoad cauſam acquiſitionis corpore ſimul & animo res detineri dici poſſet, quamvis ſolo animo retenta poſſeſſio quaſi utilitatis cauſa recepta in jure conſiſtere dicatur in textu in *leg. nemo 10. C. hoc tit.* quem ſic accipiendum dicebamus 1. *cap. num.* 22.

2 Sed animum ad retinendam poſſeſſionem non exigi ex eo probari videtur, quod furioſus, qui nec conſentire, nec diſſentiri dici poteſt *leg. 8. §. unius 2. de optione vel electione legata cum vulgatis* retinendi poſſeſſionem animum non habet *leg. ſi is, qui 27. hoc tit.* & tamen ante furorem acquiſitam poſſeſſionem retinet, & ante cæptam uſucapionem continuat *dict. leg. 27. hoc tit. leg. 4. §. furioſus 3. verſiculo ſed hæc leg. juſto 44. §. eum qui 6. de uſucapionibus, cui difficultati reſpondet* Valentia *dict. tit. 1. tract. 2. cap. 6. cum duobus ſequentibus; &* Oroz *dict. tit. 4. ex c. ¶ 1. n. 6. cum ſequenti* quod furioſus quam ante furorem acquiſivit, ſtricto jure retinet poſſeſſionem, non quia animum habeat ad retinendum, ſed quia animum ad amittendum non habet, ſine quo amitti poſſeſſio non poteſt ex vulgari regula textus in *dict. leg. 8. hoc tit. cum ſimilibus*, & utilitatis rationem, qua utitur Papinianus in *dict. leg. 44. §. 6. de uſucapionibus*, ſic explicant, cum furioſus quaſi perpetuo dormiens ſit, & pro mortuo ferè habeatur *leg. 25. §. 1. hoc tit.* dubitari poterat, an ſicuti per mortem poſſeſſio interrumpitur, & non communi ſed ſingulari jure cæptam à defuncto uſucapionem jacens hæreditas continuat, ſic & per ſupervenientem furorem poſſeſſio interrumperetur, & ſingulari dumtaxat jure cæpta ante furorem uſucapio continuaretur, utile itaque fuit ſupervenientis furoris caſum expreſſè à mortis caſu ſeparari, ut per mortem poſſeſſio interrumpatur, ſuperveniens autem furor ante acquiſitam poſſeſſionem non interrumpat, verius tamen exiſtimo ſtricto jure inſpecto furioſum poſſeſſionem retinere non magis poſſe, quam acquirere, cum expers ſit omnino animi, quem ad retinendam poſſeſſionem exigimus, & juxta noſtram diffinitionem nulla poſſit eſſe poſſeſſio, quæ non ſit detentio proprio, vel alieno nomine, & furioſus nec ſibi, nec alii detinendi animum habeat; nec obſtat, quod etiam ſtricto jure attento abſque animo amitti poſſeſſio non poſſit, id namque verum eſt in eo, qui poſſeſſionem retinendi animum habet, non in furioſo, qui tanquam ejus animi penitus expers poſſeſſionis incapax eſt, utilitatis tamen cauſa, ne ſcilicet animi infirmitas damnum etiam in rebus afferat ut loquitur Papinianus in *dict. leg. 44. §. 6. de uſucapionibus:* receptum eſt, ut furioſus ex prætextu, quod amittendi animum non habet ante furorem acquiſitam poſſeſſionem retinere, & inchoatam uſucapionem poſſit perficere. Diſſimilis profecto pupilli cauſa eſt qui ad retinendam non minus, quam ad acquirendam poſſeſſionem etiam ſine tutoris autoritate ſufficientem animum habere cenſetur, ſicuti & ad ea omnia exercenda in quibus meliorem ſuam efficit conditionem, ad eam autem amittendam, ut deteriorem ſuam conditionem conſtituat ſine tutoris authoritate animum habere non creditur, adeo ut nec naturalem poſſeſſionem poſſit amittere ſi forſan conductor ſit, vel commodatarius *leg. pupillus 11. de acquirendo rerum dominio*, cui non opponitur textus *in leg. poſſeſſionem* 29. ut falsò aliqui, crediderunt inevitabilem antinomiam inter hæc jura agnoſcentes, nec enim aſſerit Martianus in *dict. leg.* 29. poſſe pupillum ſine tutoris authoritate poſſeſſionem amittere, ſed pupillum qui corpore ſimul, & animo poſſeſsionem acquiſivit, ita eam amit-

tere poſſe, ut corpore non animo puſſidere deſinat, id eſt poſſe corporalem inſiſtentiam ſeu detentionem amittere, quam in ratione generica poſſeſſionis appellatione conſultum denotaſſe ex eo dignoſcitur, quod ideò pupillum corpore deſinere poſſidere ſcribit, quia quod facti eſt, poteſt amittere, quaſi dicat, ideò animo deſinere poſſidere non poſſe, quia poſſidendi animum quatenùs à jure informatur excutere abſque tutoris authoritate non poteſt, parum diſcrepanter tradunt Giſanius in *dict. l.* 29. Valentia *dict. cap.* 6. *num.* 19. *cum ſequenti*, Galvanus *de uſufructu cap.* 33. *num.* 13.

3 Occurrit tamen adeò non levis inſtantia ex eo quod qui à furioſo, quem ſanæ mentis eſſe exiſtimabat, vel à pupillo, quem puberem eſſe credebat ſine tutoris authoritate rem emit, uſucapere poſſe dicitur in *l. ſed etſi* 7. §. Marcellus 2. *de publiciana*, *l. pignori* 13. §. 1. *de uſucapionibus l.* 2. §. *ſi à pupillo* 15. *cum ſequenti pro emptore*. Ergò poſſeſſionem acquiſivit, ſine qua uſucapio non procedit, *l. ſine poſſeſſione* 25. *de uſucapionibus*, ac per conſequens furioſus & pupillus ſine tutoris authoritate poſſeſſionem amittunt, alioquin unius, ejuſdemque rei poſſeſſio penes duos inſolidum exiſteret adversùs ea quæ latè diximus 1. *cap. ex num.* 23. nec ferendus Galvanus *de uſufructu*, *cap.* 34. *num. ult.* qui præſenti difficultate compulſus admittit poſſeſſionis concurſum penes duos, penes emptorem ſcilicet, & furioſum, aut pupillum, ita ut emptor verè poſſideat, furioſus autem aut pupillus interpretativè dumtaxat, & utrique diverſis reſpectibus uſucapiendi facultatem concedit. Hæc namque opinio ex eo facilè convincitur, quod interpretativa in jure nulla poſſeſſio eſt, poſſeſſionis quidem effectus, qui in jure conſiſtunt, & legis poteſtati ſubjiciuntur, ſæpè ei, qui non poſſidet tribuuntur, poſſeſſio autem ipſa, quæ de facto tota æſtimatur civili poteſtati ſubjecta non eſt, & verâ poſſeſſione penes aliquem exiſtente cum effectibus, prout in præſenti apud emptorem, quem uſucapere poſſe diximus, non ſolum poſſeſſio, ſed nec ejus effectus alteri tribui poſſunt, *dict. l.* 13. §. 4. *hoc tit. cum ſimilibus*, ut dixi *præcedenti cap. num. ult.* meliùs ſanè Santolaria *interpretatione* 21. & D. Retes *ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio num.* 38. *circa finem*, quibus & ſubſcripſi *in accademicis de uſucapionibus cap.* 4. *n.* 8. reſpondent in dictis juribus, furioſum aut pupillum poſſeſſionem animo non amittere, ſed emptorem proptio apprehenſionis facto poſſeſſionem àcquirere, eaque furioſum, aut pupillum privare, nam emptor qui corpore ſimul & animo rei inſiſtit, habet quidquid ad acquirendam poſſeſſionem requiritur, ac proindè furioſum aut pupillum poſſeſſione privat, ne alioquin unius ejuſdemque rei poſſeſſio penes duos inſolidum exiſtat; ſed obſtat quod licet aliquis fundum poſſidendi animo fuerit ingreſſus, tandiu vetus poſſeſſor retinet poſſeſſionem, quamdiu eam ab alio occupatam ignoraverit, ut expreſsè docet, ſeu decidit Papinianus in *l. quamvis* 46. *hoc tit.* ergò licet is, qui à furioſo emit poſſidendi animo rem emptam apprehenderit, non ideò furioſus, qui ignorantis loco habetur §. *ſui autem* 3. *inſt. de hereditatibus quæ ab inteſtato deferuntur* debet poſſeſſionem amittere. Huic difficultati, quam vel non prævide runt vel diſſimularunt anteceſſores, reſponderi poſſe exiſtimo, quod licet regulariter ſolo animo retenta poſſeſſio per alienam apprehenſionem, etiam poſſidendi animo factam adimi ignoranti non debeat, ex *dict. l.* 46. de quo poſteà larius à furioſo tamen, vel pupillo retentam poſſeſſionem in *dict. l.* 7. §. 2. *de publiciana cum ſimilibus*, utilitatis cauſa propter juſtum errorem furioſi, vel pupilli ignorantia non obſtante, exiſtimabo emptori acquiri, ad hoc ut rem, quam emit, poſſit uſucapere, major etenim utilitatis ratio, quæ juſto emptoris errore nititur, & publico uſucapionis bono fulcitur, vincit omninò minorem utilitatis rationem, quæ furioſum, aut pupillum retinere poſſeſſionem ſuadebat.

Nec tamen animus abſolutè ſufficit ad reti- 4
nendam poſſeſſionem, niſi cum eo ſimul concurrat facultas accedendi ad rem poſſeſſam, utilitatis namque ratio quæ ſolo animo retineri poſſeſſionem indueit, rei apprehendendæ facultatem ſupponit, *l.* 3. §. *nerva* 13. *hoc tit.* ut ecce ſi quis abſentis fundum poſſidendi propoſito ingrediatur, abſens tandiu poſſeſſionem retinet, quandiu eam ab alio occupatam ignoraverit, nam interim juſtam ſuſtinet opinionem, qua exiſtimat facilem ſe habere rei apprehendendæ poteſtatem *dict. l.* 3. §. 7. ſic intelligenda *dict. l.* 6. §. 1. *hoc tit.* unius rei elegantem rationem præſtat Papinianus in *dict. l.* 46. *eodem*. Quemadmodùm, inquit, obligationis vinculum eodem modo ſolvitur, quo ſolet acquiri, ſic & poſſeſſio, quæ nec animi ſcientia non acquiritur, ab ſciente dumtaxat, non etiam ab ignorante debet amitti, ſive abſens rem ab altero occupatam eſſe ſciverit, ſi quidem cedere nolit, & ſufficienti ratione ductus ſe adverſarium facilè expulſurum perſuadeat, & ſtatim incontinenti ad eum expellendum ſe præparaverit, poſſeſſionem interim retinet *dict. l.* 18. §. 3. *hoc tit.* quod ſi vel reverſus ab adverſario non admiſſus, ſed expulſus ſit vel in fundum reverti nolit, quod vim majorem vereatur, poſſeſſionem ſtatim amittit, quam ſolo animo retinere non poteſt ex defectu facultatis accedendi ad ipſum fundum *dict. l.* 3. §. *ſi quis nunciet* 8. *dict. l.* 6. §. 1. *cum l. ſequenti dict. l.* 25. §. *ult. hoc tit.* ſimiliter ſi propter nimiam adverſarii potentiam impar expulſioni ſit, poſſeſſionem ſtatim amittit, quam retinere non poteſt deſperata prorsùs exiſtimatio, qua fundum ſe recuperaturum eredit, quia re vera rei apprehendendæ facultas deficit, veluti ſi exercitus fundum ingreſſus proponatur, tunc quia magna exercitus vi eui reſiſti non poteſt, *l. ex conducto* 15. §. *ſi quis* 3. *in fin. locati*, poſſeſſio ſtatim amittitur *d. l.* 18. §. *ult. hoc tit.* ſed opponi videtur textus in §. *quod autem* 7. *inſt. de uſucapionibus*, ubi qui fundi propter domini abſentiam vacantis poſſeſſionem ingrediatur ex defectu tituli & bonæ fidei uſucapere non poteſt, ſi verò fundum alii bonâ fide accipienti ex juſtâ causâ tradiderit, accipiens uſucapere poſſe dicitur: ergò abſens ſolo animo poſſeſſionem non retinuit, quandiu fundum ab alio occupatum ignoravit, & ſola extranei occupatio abſentem etiam ignorantem, ſuâ privatione privat. Probatur conſequentia, tum quia fundus propter abſentiam vacare dicitur, quod cum accipi de dominio non poſſit, alioquin fundus pro derelicto habitus primo occupanti

acquiretetur §. *quà ratione* 47. *inſt. de rerum diviſione cum ſimilibus*, neceſſariò ad poſſeſſionem debet referri; tum quia ſi abſens poſſeſſionem retinuiſſet, qui fundum accipit, cum ex defectu poſſeſſionis uſucapere non poſſet, alioquin duo unam eamdemque rem inſolidum poſſiderent. Verum ut jam plures inſtitutionum Interpretes obſervarunt, textus in *dict.* §. 7. *inſt. de uſucapionibus*, debet intelligi circà terminos textus in quo deſumptus eſt in *l. furtum* 37. §. 1. *eodem tit.* de diuturnâ Domini abſentiâ, qui hoc ipſo, quod per longum tempus fundum negligit, incultumque relinquit retinendæ poſſeſſionis animum habere non creditur, quæ ideò ei, qui poſſidendi animo fundum ingreditur, confeſtim acquiritur, & ab eo in accipientem ita transfertur, ut juſto titulo & bona fide munita civilem uſucapionis effectum producat.

5 Illud tamen difficile eſt, quod qui abſentis fundum ingreditur etiam antè domini ſcientiam ſtatim clam poſſidere dicitur in *dict. l.* 6. §. 1. *hoc tit.* ergò vel abſens ſolo animo poſſeſſionem non retinet, vel unius ejuſdemque rei duo inſolidum poſſeſſores exiſtunt. Quam difficultatem eluderent, qui hoc præcipuè fundamento nixi juſtæ & injuſtæ peſſeſſionis concurſum penes duos inſolidum admittunt, ſed quia eorum opinionem 1. *cap. num.* 24. ſatis impugnavimus, dicendum nunc breviter eſt, quod abſens tandiu poſſeſſionem retinet, quandiu poſſidendi animum ſimul cum facultate accedendi ad fundum ipſum habuerit, & ex quo poſſidendi animum depoſuerit, poſeſſionem alter acquirit, ita ut prima poſeſſione deſinente, ſecunda incipiat ſine eo, quod eodem tempore utraque poſſeſſio concurrat, ut poſt antiquiores cum judicio docent Cujacius & Giphanius in *dict. l.* 6. §. 1. *hoc tit.* Donellus *tit.* 5. *commentariorum cap.* 12. Pichardus *in principio inſtitutionum de interdictis num.* 45. *cum ſequenti*, Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 17. Nec obſtat, quod in *dict. l.* 6. §. 1. qui abſentis in fundum ingreditur, ſtatim jam poſſidere dicatur, priùs quam abſens poſſidendi animum depoſuerit, poſſeſſionis namque nomine in eo textu, & in aliis juribus, naturalis dumtaxat inſiſtentia, ſeu corporalis detentio denotatur, ut ſenſus ſit, eum qui abſentis fundum ingreditur, ſtatim clam detinere ſeu corporaliter fundo inſiſtere, ut expreſsè loquitur Paulus in *dict. l.* 3. §. 7. *hoc tit. ibi ſed etſi animo ſolo poſſideas, licet alius in fundo ſit adhuc tamen poſſides.* Præmitto verba *licet alius in fundo ſit*, quæ in poſſeſſionem, ſed materialem dumtaxt inſiſtentiam ſignificant, quam corporalem poſſeſſionem in eiſdem terminis Pomponius appellavit in textu ſic intelligendo in *dict. l.* 25. §. *ult. hoc tit.* & genericam rationem reſpiciens, poſſeſſionem ſimpliciter, & abſolutè dixit Ulpianus in *dict. l.* 6. §. 1. quem eo loquendi modo familiariter nixum fuiſſe conſtat ex *dict. l. poſſeſſionem* 29. *hoc tit.* junctis, quæ circà ejus explicationem *num.* 2. nuper dicebam.

6 Solum etiam animum abſque facultate recedendi ad rem poſſeſſam, ad retinendam poſſeſſionem ſufficere ex eo videtur evinci, quod memoriæ infirmitas damnum non affert poſſeſſioni, ita ut ſi quis cum pecuniam in fundo cuſtodiæ cauſa peregrè profecturus condidiſſet, poſteà reverſus theſauri locum in memoria non repetat, non ideò poſſeſſionem amittit, ut docet Papinianus *l. peregrè* 44. *hoc tit.* & tamen ad theſaurum accedendi facultatem non habet, ut notum eſt, ſolus igitur animus licet deficiat facultas accedendi ad rem poſſeſſam, ſufficit ad retinendam poſſeſſionem. Rursùs ſuperior Pepiniani ſententia ex eo difficillima redditur, quod qui locum in quo res exiſtit, ignorat ex defectu facultatis aprehendendi, ſtatim poſſeſſionem amitit, ut expreſsè pro regula tradit Pomponius in *dict. l. ſi id quod* 25. *in principio hoc tit.* ergò qui reverſus theſauri quem peregrè profecturus condiderat, locum in memoria non repetit, & ignorat, ejus poſſeſſionem ſtatim debet amittere. Accedit, quod ſi vas ita exciderit, ut non inveniatur, licet à nullo poſſideatur, ejus poſſeſſio ex defectu facultatis aprehenpendi ſtatim amititur, ut ex ſententia Nervæ docet Paul. in *dict. l.* 3. §. *nerva* 3. *hoc tit.* ergò ſola loci, in quo res exiſtit ignorantia poſſeſſionis amiſſionem inducit, ſed ut difficultatem ex Papiniani deciſione in *dict. l.* 44. deſumpta diſſolvamus. & Papinianum, cum Pomponio, Nerva, & Paulo in concordiam redigamus, ubi quæritur an ſola loci, in quo res exiſtit, ignorantia poſſeſſionis amiſſionem inducat; ſequenti diſtinctione utendum eſt, ſi quidem res, quæ ubi exiſtit, ignoratur, quantumvis diligenter quæſita non inveniatur, ejus poſſeſſio ſtatim amititur, quia ſolus animus ad rem ipſam accedendi facultate deſtitutus ad poſſeſſionis detentionem non ſufficit, is autem qui propter loci, in quo res exiſtit ignorantiam, quam tametſi diligenter quæſitam invenire non poteſt, ejus apprehendendæ facultatem non habet, in quibus terminis Nerva, Paulus, & Pomponius, loquuntur in *dict. l.* 3. §. 13. *&* 25. *in principio hoc tit.* ſi verò res diligenti inquiſitione facta reperiri poſſit, ejus poſſeſſio non amititur, ſed animo retinetur, qui enim rem prævia diligenti inquiſitione poteſt invenire, ejus aprehendendæ facultatem non habere dici non poteſt, & in his ſané terminis procedit Papiniani deciſio, in *dict. l.* 44. ubi qui peregrè profecturus in fundo pecuniam condiderat reverſus ſciebat quidem in quo fundo, ſed ipſum planè locum in quo condiderat, ignorabat, & cum pecuniam diligenter adhibita inquiſitione, poſſit invenire ejus poſſionem retinuiſſe meritò dicitur, memoriæ etenim fragilitas in præſenti nec poſſidendi animum, nec magis ad rem poſſeſſam accedendi facultatem excludit, & ſic nec damnum debet afferre poſſeſſioni, alioquin ut ab inconvenienti arguit Papinianus in *dict. l.* 44. per momenta ſervorum, quos non viderimus poſſeſſio interiret, quam tamen ideò retinemus, quia ſervos diligenter quæſitos invenire poſſumus, & ſic eos aprehendendi facultatem habere intelligimur, & generaliter ejus rei, quæ licet amiſſa ſit, diligenti tamen inquiſitione præhabita reperiri poteſt ſolo animo poſſeſſionem retineri propter facilem ejus aprehendendi poteſtatem conſtat ex *dict. l.* 44. & Giphanius in *dictis juribus.*

Ex hujuſmodi autem principio, quod animus ſimul cum facultate acedendi ad rem poſſeſam, ad retinendam poſſeſſionem deſideratur, decidenda eſt quoad hanc juris partem celebris quæſtio, utrum ſcilicet fugitivi ſervi 7

poſſeſſio ſolo animo retineatur? in qua communis opinio, quam amp ectitur Valentia *dict. lib. 1. tract. 2. cap. 10. per totum*, & Oroz *dict. lib. 4. cap. 13. num. 17. cum ſequenti*, & tuentur ex noſtris anteceſſoribus plerique: tenet fugitivi ſervi poſſeſſionem non amitti, ſed ſolo animo retineri, cujus opinionis fundamenta partim à juris ratione deſumuntur, partim ab auctoritate juris. Ratio hæc eſt; ſervorum fuga nulla ex cauſa dominis debet eſſe damnoſa *leg. ult. §. ſervi 4. de publicanis & vectigalibus. leg. 1. de ſervis fugitivis.* Ergo nec damnum debet afferre poſſeſſioni. Rurſus ſervus aliarum rerum poſſeſſione dominum privare non poteſt: ergo nec ſui ipſius poſſeſſionem domino per fugam poteſt intervertere, ut arguunt conſulti *in leg. Pomponius 13. in fine principii. leg. rem. quam 15. hoc tit.* plures etiam & diſertæ conſultorum deciſiones in *leg. ſi a bona fidei. 21. de rei vindicatione. leg. autoribus 12. §. de illo 3. de uſufructu. leg. alius 5. §. ult. ad exhibendum leg. 1. §. per ſervum 14. hoc. tit. leg. ſervi 15. §. ult. de furtis*, fugitivum ſervum à domino poſſideri docere videntur, communis tamen hæc opinio merito jam pridem diſplicuit anteceſſori, & præceptori noſtro eruditiſſimo D. D. Didaco de la Serna in Academicis ad noſtrum *titul. cap. 2. num. 16. cum ſequenti*, qui rectius exiſtimat, fugitivi ſervi poſſeſſionem dominum non retinere, nam animus ita demum ſufficit ad retinendam poſſeſſionem, ſi occurrat facultas accedendi ad rem poſſeſſam alioquin inanis & ſupervacua eſt, cum ad actum detentionis reduci non poſſit, ſed dominus fugitivi ſervi apprehendendi facultatem non habet, cum fugitivus ſervus ille ſit qui certo non redeundi animo dominum derelinquit, & ab eo ſe celat, atque ſubſtrahit, *leg. quis ſit 15. de edilit. edict. leg. fugitivus 225. de verborum ſignificatione*: ergo fugitivi ſervi poſſeſſionem dominus retinere dici non poteſt. In hujus autem ſententiæ confirmationem non expendam conſultorum authoritates, quas adverſarii facilè eludunt in *dict. leg. 21. de rei vindicatione. dict. leg. 5. §. ult. ad exhibendum. dict. leg. 17. §. ult. de furtis*, in quibus vetus fugitivi ſervi poſſeſſor rei vindicatione ad exhibendum, aut noxali actione conventus cavere ſolum tenetur, ſervum ſe reſtiturum ubi ad ſuam poteſtatem pervenerit; ide laudatus præceptor deducebat ſervi poſſe-nem omnino per ejus fugam interverti, a-quin non cautioni, ſed præciſe reſtitutioni, au-ibitioni locus eſſet. Reſpondebunt tamen nec-neratione adverſarii non inde probari ſervi pſſe-onem per ejus fugam amitti, nam quiſqis o animo retinet poſſeſſionem, etſi facult-em beat accedendi ad rem poſſeſſam, ſi tame ea-e præſenti reſtituere, aut exhibere non poſſi. rei vindicatione ad exhibendum, aut noxa- ctione pulſatus non ſtatim ad reſtituendum aut -ibendum condemnatur, ſed rem ſe exhibituru- t reſtiturum ubi ad ſuam poteſtatem pervene- avere dumtaxat tenetur, ut probatur ex textu -ict. leg. 5. §. ult. ad exhibendum, ubi qui ſe- bi velit morari per mittit, vel peregre eum t ad exhibendum actione conventus, non licere ſed cavere ſolum compellitur, quia tineat de præſenti, tamen exhi-ſeſſionem re- poteſt ex *leg. quoties 21. in poteſta-* ervum non *de noxalibus actionibus*, ubi idem in terminis noxalis actionis reſpondetur, ergo ſtat optimè (dicentque nec immerito adverſarii,) per ſervi fugam ejus poſſeſſionem non amitti, & fugitivi ſervi poſſeſſorem ſuperioribus actionibus pulſatum, nec ad reſtitutionem, nec ad exhibitionem, ſed ad cautionem dumtaxat condemnari.

Expendam ergo textum, quem in ipſos 8
adverſarios retorqueo in *dict. leg. 1. §. 14. hoc tit.* ubi poſt relatam aliquorum ſententiam, qui tandiu fugitivi ſervi poſſeſſionem retineri, quandiu ab alio occupatus non fuerit, contendebant, ea facilè omiſſa, ſic Paulus concludit: *Sed utilitatis cauſa receptum eſt ut impleatur uſucapio, quandiu nemo nactus fuerit ejus poſſeſſionem*, quorum verborum ſenſus ille eſt, per ſervi quidem fugam ejus amittitur poſſeſſio ex defectu facultatis accedendi ad ipſum ſervum, quam tanquam in facto conſiſtentem ſupplere jus civile non poteſt, utilitatis tamen cauſa uſucapio non interrumpitur, quæ quia in jure conſiſtit, ſeu effectus poſſeſſionis eſt civili jure introductus, etiam ſine poſſeſſione jure ſingulari continuatur, ne in ſervorum ſit poteſtate jam cæptam uſucapionem per fugam interrumpere, ſicuti & nonnullis aliis caſibus utiliter cæpta uſucapio etiam interrupta poſſeſſione ſingulari jure perficitur, ut in terminis jacentis hæreditatis, & hæredis qui poſſeſſionem nondum apprehendit, & debitoris, qui licet rem pignori datam non poſſideat, perinde tamen ac ſi poſſideret uſucapionem poteſt perficere *dict. leg. 1. §. per ſervum 15. qui pignoris 36. hoc tit. leg. ſervi 16. leg. non ſolum 33. §. qui pignori 4. de uſucapionibus*, ut latius dixi in *Acadm. de uſucapionibus, cap. 4. num. 15. cum ſequenti hoc tit.* obi ait Ulpianus quod fugitivum ſervum poſſiderevidemur, quaſi dicat quoad effectum uſucapionis poſsidere quodam modo intelligi, non quia fugitivi ſervi facta aliqua, aut interpretativa poſseſsio ſit, cum jus civile poſſeſsionem interpretari non magis poſsit quam fingere, ſed quia ejus uſucapio ſingulari jure perinde continuabatur, ac ſi vera poſſeſsio penes uſucapientem exiſteret, ut clarius, expreſsiuſque ſuam mentem idem Ulpianus aperuit in *dict. leg. 17. §. ult. de furtis*, ubi quod prius dixerat, *poſſidere ſervum hoc tempore, quo in fuga eſt videor.* Sic poſtea explicat, *quod enim videor poſsidere ad uſucapionem tantum mihi proficere Julianus ſcribit.* Cui deciſioni reſpondere tentarunt Giphanius, & Cujacius in *dict. leg. 1. §. 17. hoc tit.* eoſque ſequutus Valentia *ubi ſupra num. 14. & 16. cum ſequenti*, & textum emendat Suarez de Mendoza *tit. 1. ad leg. aquiliam cap. 5. ſect. 3. num. 8. cum ſequentibus.* Sicuti & eodem ſenſu debitor rem pignori datam poſsidere videri, & intelligi dicitur in *dict. leg. 1. §. 15.* & in *dict. leg. 36. hoc tit.* unde quod idem Ulpianus ſimpliciter fugitivum ſervum poſsideri ſcripſit in *dict. leg. 9. §. ult. ad exhibendum* ex ſuperioribus ejuſdem conſulti deciſionibus: ſic temperandum eſt, ut non de poſseſsione accipiatur, ſed de ejus effectu uſucapione ſcilicet, quæ poſseſsionis nomine non numquam ſignificatur prout ad Papinianum in *leg. denique 19. & in leg. cum miles 30. ex quibus cauſis majores.* Denique hoc ipſum idem Ulpianus diſertè tradit in inevitabili, meo judicio textu. in *leg. accuſatione 8. de diverſis*, &

temporalibus præſcriptionibus , ubi ejus temporis, quo ſervus in fuga fuit acceſſio datur ad perficiendam uſucapionem , tunc ſic , temporum conjunctio , ſeu acceſsio , in unica , eademque continua poſſeſsione locum non habet , ſed in diverſis poſſeſsionibus , *leg.* 2. §. *emptori* 20. *pro emptore cum ſimilibus.* Vel in unica poſſeſſione ita interrupta , ut ſingulari jure uſucapio poſsit continuari ut in exemplis jam adductis, ergo cum ejus temporis , quo ſervus in fuga fuit acceſsio detur ad uſucapionem fugitivi ſervi poſſeſsionem non retineri, & ſine ea ſingulari , jure continuari uſucapionem evincitur.

9 His igitur fulcris firmiter ſatis ſubnixa remanet noſtri præceptoris ſententia quam firmare etiam poſſemus ex *leg. homo liber* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio* , à qua tamen conſultò ideo abſtinuimus , quia eos dumtaxat textus expendere decrevimus , quos evitare communis opinionis aſſertores non poſſint , pro quibus tamen triplex adhuc fundamentum ſtare videtur, 1. ex eo quod ſervorum fuga veteri poſſeſſori nulla ex parte debet eſſe damnata, ergo non magis poſſeſsionis quam uſucapionis damnum debet afferre , alioquin ex aliqua parte eſſet damnoſa reſpectu ſcilicet poſſeſsionis , ſed hujus argumenti ſolutionem ſatis in ſuperioribus inſinuavimus dum diximus poſseſsionem , cujus ſubſtantia in facto tota conſiſtit , legis poteſtati non ſubjacere , ejus autem effectum veluti uſucapionem tanquam ex jure civili dimanantem , ex ejus poteſtate pendere , inde namque infertur , quod vulgo dicitur , ſervorum fugam veteri poſſeſſori nulla ex parte damnoſam eſſe debere , non ad poſſeſſionem eſſe referendum quam deficiente facultate accedendi ad ipſum ſervum ſupplere jus civile non poteſt , ſed ad uſucapionem , quæ tanquam ex civili jure deſcendens etiam ſine poſſeſſione ſingulari jure continuatur & perficitur , 2. fundamentum deſumi poteſt ex textu in *dict. leg.* 16. *hoc tit.* ubi ait conſulus , quod quemadmodum ſervus aliarum rerum poſſeſſionem intervertere non poteſt , ita nec ſuam quidem, & quod ea ratione fugitivum ſervum poſſidere videmur. Sed quod dicitur ſervum aliarum rerum poſſeſſionem intervertere non poſſe , verum eſt non ſolum quoad poſſeſsionis effectus veluti uſucapionem , ſed etiam quod ipſam poſſeſsionem prout in facto conſiſtentem , ut conſtat ex ipſo *textu & leg. ſi duo* 10. *in principio hoc tit. dict. leg.* 33. §. *ult. de uſucapionibus* : ergo ut teneat æquiparatio , quod dicitur fugitivum poſſideri ſimiliter non ad poſſeſsionis effectum , veluti uſucapionem , debet reſtringi , ſed ad ipſam poſſeſsionem extendi. Huic difficultati , quam præceptor noſter non prævidit , reſpondeo æquiparationem à conſulto adhibitam in *dict. leg.* 15. non in omnibus teneri , ſed in aliquo non ſcilicet in poſſeſsione , ſed in ejus effectu, uſucapione videlicet , quaſi ſic conſultus argueret , ſervus aliarum rerum poſſeſsionem intervertere non poteſt : ergo nec ſuam poſſeſsionem , ideſt , ſui ipſius uſucapionem poteſt invertere , quod ſibi conſultum voluiſſe illa mihi ipſius textus verba perſuadent , & *hæc ratio eſt , quare videantur fugitivum poſſidere* ; ex quibus infertur fugitivum ſervum revera non poſsideri , ſed quoad effectum uſucapionis quodam modo poſsideri videri. Nec mirum , quod æquiparatio in omnibus non teneat ; ideo enim ſervus aliarum rerum poſſeſsionem non intervertit , quia quamdiu apud ipſum res exiſtit aprehendendi facultas domino , aut bonæ fidei poſſeſsori non deficit , qui per ſervum æque poſſeſsionem retinere poſſunt , ac acquirere , ut dicitur in *dict. leg.* 15. ex qua non obſcure colligitur , quod ſi ſervus rem ſubreptam apud ſe non tenuerit, domini , aut bonæ fidei poſſeſſoris ex defectu facultatis accedendi ad ipſam rem poſſeſsionem intervertit, qua etiam ratione fugitivi ſervi amittitur poſſeſsio , ſine qua ſingulari jure uſucapio continuatur , *dict. leg.* 21. *de rei vindicatione cum ſimilibus.*

Tertium denique & fortius fundamentum deducere poſſent adverſarii ex textu , noviter nunc intelligendo in *dict. leg.* 12. §. 3. *de uſufructu* , ubi cum quæreretur an fructuarius fugitivi ſervi uſumfructum retineret ? Ex Juliani ſententia ſic Ulpianus reſpondet , quemadmodum à proprietario poſſeſsio retinetur, etiamſi in fuga ſit ſervus , pari ratione uſusfructus etiam retinetur , tunc ſic , in præſenti textu , poſſeſsionis appellatione uſucapio denotari dici non poteſt , nam proprietarius rem propriam uſucapere non poteſt *leg. in bello* 12. §. *etſi ignorans* 8. *de captivis*, ergo proprietarius veram & propriam fugitivi ſervi retinet poſſeſsionem; Rurſus uſusfructus ex utendi & fruendi facto totus æſtimatur , *leg. unic. in principio quando dies uſufructus legat. cedat.* & tamen per ſervi fugam debet amitti. Pro primæ difficultatis ſolutione dici poſſe exiſtimo , quod ſcribit Ulpianus proprietariam fugitivi ſervi poſſeſsionem retinere non ad ipſam poſſeſsionem, ſed ad duplicem ejus effectum eſſe referendum , quorum primus ille eſt , ut dominus per ſervum etiam in fuga agentem aliarum rerum aliquando poſseſsionem acquirat *dict. leg.* 1. §. 24. *in fine leg. per eum* 50. §. 1. *hoc tit.* ut diximus in *Academico de uſucapionibus. cap.* 4. *num.* 6. *& in* 5. *hujus commentarii cap.* latius dicemus. Secundus effectus , ut proprietarius fugitivi ſervi uſucapionem perficiat , ſi forſan vel bonitarium dumtaxat , vel quiritarium , reſolubile tamen habeat dominium , nam quod vulgo dicitur dominum rem ſuam uſucapere non poſse de eo intelligi oportet , qui quiratarium , & ir- reſolubile dominium obtinet , cæterum, ſi q vel bonitarium dumtaxat , & quiritarium , ſolubile tamen dominium habuerit ex effe rem adhuc poteſt uſucapere, ut vel bo o dominio quiritarium adjiciat , vel ſol ile ut ex juris ratione , & pluribus co ultum teſtimoniis inde intellectis late d uim s in *tractatu de uſucapionibus cap.* 5. *m.* 5. *cum duobus ſequentibus & num.* 9 ad quam etiam juris partem nunc Ulp deciſionem in *dict. leg.* 12. §. 3. de uſ ctu pertinere exiſtimo , cujus verum gen umque ſenſum eum eſse contendo , ut q admodum vetus bonæ fidei poſseſsor cæpt fugitivi uſucapionem ſervi jure ſingula e poſseſsione poteſt perficere , & ad eum s effectum poſsidere intelligi dicitur , ſi , vel quiritarium revocabile tamen d um habeat , fugitivum ſervum poſsit capere , & ad eum effectum ejus poſſe m retinere intelligi dicitur 10

qua

Digitized by Google

qua etiam interpretatione meo quidem judicio accipi elegantius poſſet, quam intellecta hactenus eſt alia ejuſdem Ulpiani deciſio in *dict. leg.* 8. *de diverſis & temporalibus præſcriptionibus :* ubi id tempus, quo ſervus in fuga fuit domino ad uſucapionem procedere dicitur. Facilius ſanè ſecunda difficultas ſolvitur, uſusfructus etenim licet ex utendi, & fruendi facto æſtimari dicatur, jus tamen eſt, ut ejus definitio ſatis oſtendit, & quamvis per conſtitutum tempus non utendo ſoleat amitti, per ſervi tamen fugam etiam ſtatuto tempore elapſo non amittitur, ſed ea æquitatis ratione retenta, quia ſervi fuga fructuario non magis, quam proprietario debet eſſe damnoſa, & quemadmodum proprietarius jure ſingulari poſſeſsionis effectus adhuc retinet, ſic & fructuarius uſumfructum, qui ſtricto jure per conſtitutum tempus non utendo fuiſſet extinctus ex eadem utilitatis cauſa debet retinere.

11 Superior autem doctrina, qua animum ſimul cum facultate accedendi ad rem poſſeſſam ad retinendam poſſeſsionem exigi diximus ad mobilium æque ac ad immobilium rerum poſſeſsionem ſpectat, quod ideo animadverto, quia ab interpretibus communiter traditur ; juris regulam, quæ habet ſolo animo ſimul cum rei apprehendendæ facultate poſſeſſionem retineri, in rebus ſoli, ſeu immobilibus locum dumtaxat habere, nam mobilium rerum ſtatim ac ab alio occupatæ ſint, etiam inſcio aut invito poſſeſſore amittitur poſſeſsio, nec ſolo animo retinetur, quam differentiam probari vulgo creditur ex *leg.* 3. §. *ſi rem* 18. *leg. ſi rem mobilem* 47. *hoc tit. leg. naturaliter* 5. *de uſucapionibus*, ejuſque rationem in *dict. leg.* 47. Papinianum præſtitiſſe non nulli exiſtimarunt in illis verbis, *quod rerum mobilium neglecta atque omiſſa cuſtodia quamvis eas nemo alius invaſerit veteris poſſeſſionis damnum afferre conſuevit.* Quaſi dicat conſultus mobilium rerum poſſeſsionem ſolo animo ideo non retineri, quia vilis & abjectæ æſtimationis ſunt, immobilium autem poſſeſsionem, ex contrario ideo ſolo animo retineri, quia longe majoris æſtimationis ſunt. Communem tamen hanc antiquorum opinionem ſpernunt merito Donellus *dict. tit.* 5. *commentariorum cap.* 12. Cujacius in *dict. leg.* 3. *eodem num.* 82. cum conſtet mobilium rerum aliquando majorem eſſe æſtimationem, quam immobilium, quapropter nuper relati doctores inter mobilium, & immobilium rerum poſſeſſionem quoad detentionis cauſam in eo differentiam conſtituunt, quod mobilium rerum ſimul ac ſubreptæ, aut vi ablatæ ſint etiam inſcio, aut invito poſſeſsore, poſſeſſio ſtatim amittitur *dict. leg.* 3. §. 18. *dict. leg.* 15. *de leg.* 47. *hoc tit. dict. leg.* 5. de uſucapionibus, immobilium autem rerum licet violenter iovaſæ, aut occupatæ ſint tandiu poſseſsio retinetur quamdiu violentam invaſionem vetus poſseſſor ſcit, & ex defectu facultatis ad res ipſas accedendi poſsidendi animum deponit circa textus ſupra adductos *n.* 4. *cum ſequenti* qui omnes de immobilium rerum detinenda vel amitenda poſſeſsione loquuntur. Hujus autem inter res mobiles, & immobiles quoad retinendæ poſſeſsionis cauſam diſcriminis rationem ex eo deſumunt, quod immobiles tanquam ſolo cohærentes quia occultari non poſſunt etiam violenter invaſæ ſub cuſtodia poſſeſsionis, tandiu ſunt, quandiu earum retinet poſſeſſiouem, & probabilem poſsidendi animum cum facultate ſimul ad eas accedendi conjuuctum habuerit, res autem mobiles ex contrario, quia occultari facilè poſsunt, ſtatim ac ſubreptæ, aut vi ablatæ ſint, deſinunt eſſe ſub veteris poſſeſſoris cuſtodia, qui cum eas apprehendendi facultatem non habeat, etſi improbabilem, inanemque poſsidendi affectum retineat, earum poſſeſſionem ſtatim amittit.

Rectius tamen Raphaël Cumanus in *dict. l.* 3. §. *nerva* 13. *hoc tit. num.* 4. quem ſequitur Dominus Retes *tit.* 1. *opuſculorum cap.* 14. *num.* 7. cenſet inter res mobiles, & immobiles in ratione retinendæ poſſeſſionis nullam differentiam verſari, & traditam ſuprà regulam, quæ animum ſimul cum detinendi facultate ad retinendam poſſeſſionem expoſcit, & ſolo animo abſque actuali detentione retineri poſſeſſionem docet ad mobilium, non minùs quam ad immobilium rerum poſſeſſionem pertinere ; nam generaliter verum eſt, ſivè de mobilium, ſivè de immobilium rerum poſſeſſione loquamur ſolo animo poſſeſſionem retineri, dummodò ad res ipſas accedeudi facultas coucurrat, unde quia res mobiles ſimul ac ſubreptæ, aut vi allatæ ſunt apprehendeudi poteſtatem vetus poſſeſſor uon habet etiam ignoraus & invitus earum poſſeſſionem ſtatim amittit, *dict. l.* 3. §. 18. *hoc tit. cum ſimilibus*, & quia ad res immobiles etiam violenter occupatas poteſt accedendi facultas manere earum ideò poſſeſſio retinetur, *dict. l.* 6. §. 1. *hoc tit. cum aliis ſuperius adductis*, & quod facilius immobilium, quam mobilium rerum poſſeſſio retineatur, ex eo ſolum provenit, quod difficilius ad immobiles, ut potè quæ occultari non poſſunt, quam ad mobiles, quæ facillimè occultantur. Quapropter iiſdem terminis concurrentibus, facultate ſcilicet accedendi ad rem immobilem deficiente, ejus poſſeſſio etiam inſcio, aut inviro veteri poſſeſſore confeſtim amittitur, ut in terminis textus ſic intelligendi in *dict. l.* 18. §. 1. *hoc tit.* ex quibus explicandus facilè erit Papinianus in *dict. l.* 41. *hoc tit.* dum docet mobilium rerum neglectam, atque omiſſam cuſtodiam etſi eas nullus invaſerit damnum afferre poſſeſſionis, ideò enim de mobilibus, non etiam de immobilibus loquitur prout & Paulus in *dict. l.* 2. §. 13. *hoc tit.* quia mobiles ſolum ad immobilium differentiam deperdi ita poſſunt, ut ubi ſint penitus iguorentur, ut rectè Cujacius *tit.* 23. *queſt. Papiniani* in *dict. l.* 44. & 26. *quæſtionum ejuſdem* in *dict. l.* 47. *hoc tit.* junctis quæ dixi *num.* 6. his tamen omnibus refragari idem Papinianus videtur in *dict. l. quamvis* 46. *hoc tit.* ubi ut oſtendat tandiu fundi poſſeſſionem animo retineri, quandiu fundum ab altero occupatum poſſeſſor ignoraverit, ſic ait, quemadmodum poſſeſſio ignoranti non acquiritur, ſic nec ab ignorante debet amitti : ergò ſivè mobilium, ſivè immobilium rerum poſſeſsionem nullo unquam caſu ignorans debet amittere. Probatur conſequentia, quælibet poſſeſſio juxta Papinianum eo modo debet amitti, quo acquiritur, ſed nulla ſivè mobilium, ſivè immobilium rerum poſſeſsio ignoranti poteſt acquiri ; ergò nulla ab ignorante debet amitti, ſed pro ſolutione reſpondeo, quod ait Papinianus ignorantem poſſeſsionem amittere non debere, non ge-

neraliter eſſe intelligendum, ſed ad eum caſum reſtringendum, quem in eo textu ipſe exagitabat, ubi ſcilicet ignorans ad rem poſſeſſam accedendi adhuc retinet facultatem, nam cum poſſeſſio eo modo debeat amitti, quo acquiritur, quemadmodum animo ſimul, & naturali inſiſtentia, ſeu actuali detentione ſolum acquiritur, ſic ſine animo non debet amitti, is autem, qui fundum, quem ipſe poſſidet, ab alio occupatum ignorat, dummodo ad eum accedendi poteſtatem adhuc habeat, ſufficientem retinendi poſſeſſionem animum retinet, quod ſi etiam ignorans ad rem poſſeſſam accedere non poſſit, poſſeſſionem ſtatim amittit, quæ ſicuti animo ſimul, & corpore acquiritur, ſic ſine animo & potentiali inſiſtentia, ſeu ad rem ipſam accedendi ſacultate non retinetur.

13 Hactenus appoſitam regulam, quæ ſolum animum abſque corporali detentione ad retinendam poſſeſſionem deſiderat, limitationem, ſeu exceptionem pati quidam ex eruditioribus anteceſſoribus exiſtimarunt in rebus animatis, quarum poſſeſſio cum dominio conjuncta primo occupanti jure gentium ſtatim acquiritur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & in quibusdam inanimatis rebus, ex his quæ pet occupationum jure gentium ſimiliter acquiruntur, veluti maris littoribus quarum omnium poſſeſſionem ſolo animo non retineri ex eo perſuadere nituntur, quod eorum animalium, quæ jure gentium noſtra per occupationem facimus corpore ſimul, & animo acquiſitam poſſeſſionem tandiu retinemus, quandiu animo ſimul & corpore ea ſub cuſtodia noſtra detinuerimus, ex quo autem corporalis inſiſtentia defecerit, ſtatim ac in naturalem libertatem ſe proripuerint eorum dominium, & poſſeſſionem ſimul amittimus, *l. uſumfructuarium 62. verſiculo ſi vivariis de uſufructu l. 1. §. in beſtiis 10. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur l. 3. §. ult. l. naturalem 5. l. Pomponius 44. de acquirendo rerum dominio l. 3. §. item foras 14. cum ſequenti hoc tit. §. fere igitur 12. verſic. quidquid autem inſt. de rerum diviſione principio inſtitutionum verſiculo, denique ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*, docent Cujacius *tit. 4. obſervationum cap. 2.* & Oſſualdus *tit. 4. commentariorum Donelli cap. 10. litt. C.* & ſimiliter maris litorum tandiu poſſeſſionem retinemus, quandiu ſub noſtra cuſtodia ea detinuerimus, alioquin ſi dirupto ædificio corporale detentionis factum deficiat, eorum poſſeſſionem ſtatim amittimus, quia veluti quodam poſtliminii jure in priſtinam naturam ſic revertuntur, ut cuicumque liber ea occupandi aditus pateat, *l. in tantum 6. de diviſione rerum l. quod in litore 14. §. 1. de acquirendo rerum dominio*, earum igitur rerum poſſeſſio non ſolum animo, ſed corpore ſimul & animo retinetur. Subjungunt tamen anteceſſores traditam ſupra regulam in manſueſactis animalibus, quæ eundi & redeundi habent conſuetudinem omninò procedere, nam eorum poſſeſſio eo uſque ſolo animo retineatur, donec redeundi conſuetudinem deſeruerint, *l. Pomponius 8. §. 1. familiæ erciſcundæ dict. l. 5. §. examen 4. cum ſequenti de acquirendo rerum dominio dict. l. 3. §. quidem 16. hoc tit. §. apium 14. cum ſequenti inſt. de rerum diviſione*, textus hinc intelligendus *in l. ſi ſervus 23. §. ſi cum apes 12. ad l. aquiliam* juncto Suarez de Mendoza *lib. ad l. aquiliam cap. 1. ex num. 22.* & in quibuſdam aliis inanimatis rebus, quæ jure gentium primo occupanti acquiruntur lapillis & gemmis in littore maris inventis, quarum poſſeſſionem ſolo etiam animo abſque corporali inſiſtentia tandiu retineri certum eſt, quandiu ad eas accedendi naturalis facultas ſuperſit ex generali regulâ textus in *dict. l. 3. §. Nerva 13. hoc tit.*

Hæc tamen anteceſſotum opinio, ſi quid mei 14
judicii eſt, admitti non debet; ſuperior namque regula, quæ ſolum animum ad retentionem poſſeſſionis expoſcit, potentialem exiſtentiam, ſeu ad rem poſſeſſam accedendi facultatem, & ſic animum qui ad actualem retentionem reduci facilè poſſit, omninò ſupponit, ut ſæpè diximus, & in manſuefactis animalibus, ut ipſi anteceſſores agnoſcunt procul dubio ſervatur, quorum ideò poſſeſſionem tandiu retinemus, quandiu redeundi conſuetudinem habuerint, quia in id uſque tempus animus ad actualem retentionem reduci ſacilè poteſt, ut in juribus *præcedenti num.* adductis, quibus & adjiciendus eſt textus in *dict. l. 47. verſiculo igitur hoc tit.* Dixerat Papinianus *in verſiculo idem ſcribit*, quod ſi ſervus à commodatario fugerit, ſi quidem eo animo, ut ad dominum rediret, à domino adhuc poſſidetur, cui redeundi propoſito tandiu veterem poſſeſſionem conſervat, quandiu nemo alius eum poſſidere cæperat, prout rectè eum verſiculum explicat Valentia *1. tractatu 2. cap. 10. num. 6.* progreditur Papinianus & in *dict. verſiculo igitur* aſſerit, quod earum rerum, quæ ratione vel animo carent, ſimul ac perditæ ſunt, ita ut ubi ſunt, penitus ignoretur, poſſeſſio confeſtim amittitur, ſervorum autem poſeſſio ita retinetur, ſi ad dominum revertendi animum habuerint, quaſi dicat, quod non ſolum ſervorum, ſed & animalium, quæ redeundi habent conſuetudinem, ſeu animum, ut dicitur in *dict. l. 5. §. 5. de acquirendo rerum dominio*, & in *dict. §. 15. inſt. de rerum diviſione*, licet ubi ſint, ignorentur, ſolo animo poſſeſſio retinetur; Sed opponi videtur textus in *dict. l. 3. §. 13. hoc tit.* ubi ex generali regula, qua docetur, mobilium rerum quæ deperditæ ſunt, ut inveniantur, poſſeſſionem ſtatim amitti, hominem dumtaxat Paulus excipit, qui redeundi propoſito veterem ſui ipſius poſſeſſionem conſervat, aliud igitur de manſueſactis animalibus ſentit: Reſpondeo cum Cujacio ad Pandectas, quod ſervorum, & eorum aliorum, quæ redeundi habent conſuetudinem quoad retinendæ poſſeſſionis cauſam, una eademque ratio eſt ex ſupradictis. Quapropter dum Paulus à generali regulâ illa ſervos excepit, hoc ipſo & animalia, quæ revertendi conſuetudinem habent excepiſſe intelligitur, ut clariùs id expreſſit in eadem *l. 3. §. quidem 16.* nec in manſuefactis ſolum, ſed in feris animalibus ſuperior regula viget, quorum poſſeſſionem tandiu retineri, quandiu animus ſimul cum facultate apprehendendi concurrit, ex eo conſtat, quod ubi facilis eorum eſt perſecutio, poſſeſſio retinetur, ubi autem difficilis cæpit eſſe perſecutio, poſſeſſio amittitur *dict. l. 5. de acquirendo rerum dominio dict. §. 12. inſt. de rerum diviſione.* Denique nec in maris litoribus ea regula fallit, quorum poſſeſſio ita diruto ædificio confeſtim amittitur, quia per ejus poſſeſ-

ſionem ſolum impoſitione ocupantur, quo dirupto, quæ ſuperſit ea occupandi facultas omnibus patet, cum de eorum poſſeſſione per alterius ædificii impoſitionem acquirenda tractari ſolum poſſit, præter animum naturalis etiam inſiſtentia deſideratur. Maneat ergò abſque ulla prorsùs limitatione generaliter verum eſſe, ſolum animum ſimul cum facultate accedendi ad rem poſſeſſam ad retinendam poſſeſſionem ſufficere, quibus jam ſuſpendere, non finire ttactationem noſtram compellimur, duobus etenim, quæ ſuper ſunt capitibus de amittendæ poſſeſſionis modis, & de perſonis per quas acquiritur, retinetur, & amittitur poſſeſſio ſigillatim (Deo auſpice) diſſerere ſtatuimus: legite interim, & favete auditores, hæc erunt mihi præmia ſi placui.

CAPUT QUARTUM.

De amittendâ poſſeſſione.

1 EX his, quæ de retinendâ poſſeſſione diximus ea ferè omnia pendent, quæ ad hanc de amittendâ poſſeſſione partem ſpectant. Poſſeſſio itaque, quæ ſolo animo retinetur, ſolo etiam animo amittitur, *l. 3. §. 6. l. 44. ult. hoc tit.* diverſis tamen rationibus quod enim ſolo animo retineatur utilitatis cauſa receptum eſt, ut dixi *ſuperiori cap. n.* 1. contra ſtricti juris regulam, quæ naturalem etiam inſiſtentiam ad retinendem poſſeſſionem expoſcit, quod autem ſolo animo amittatur, ſtricti juris ratione procedit ex ipſius videlicet poſſeſſionis eſſentia, quæ cum ſit detentio proprio vel alieno nomine, poſſidendi affectu deficiente, neceſſario debet amitti, naturalis enim quæ ſupereſt detentio tanquam animo deſtitua, nec ſtrictæ nec latæ poſſeſſionis nomen meretur, cui tamen doctrinæ acriter videtur obſiſtere Paulus in *l. 8. hoc tit. & in l. 153. de regulis juris*, in quibus regulam tradit, quod quemadmodum nullâ poſſeſſio niſi animo & corpore acquiri poteſt, ita nulla amittitur, niſi in quâ utrumque contrarium actum eſt. Sed omiſſis, quæ latè tradunt Domin. Retes *tit. 1. opuſculorum cap. 13. per totum*, & Oroz in *tit. 4. cap. 15. ex n. 1. uſque ad* 8. placet magis communis antiquiorum traditio, quam ſequuntur Duar. Cujacius & Giphanius in *dict. l. 3. §. 6.* & in *dict. l. 6. hoc tit.* Petrus Faber. in *dict. l. 153. de regul. juris*, Oſſuald. *& ab eo relati tit 5. commentariorum cap. 13. illit. C.* docendo cum de amittendâ poſſeſſione tractatur multum intereſſe, utrum amiſſio ab animo incipiat, an à corpore, nam ſi à corpore veluti in eo, quem poſſidebat, egreſſus eſt, niſi utrumque in contrarium actum ſit, ſcilicet, niſi accedat corpori animus, ſeu voluntas non poſſidendi non amittitur poſſeſſio quæ ſolo animo abſque corporali inſiſtentia retinetur, *dict. l. 8. hoc tit. dict. l. 153. de regulis juris.* Si vero ab animo incipiat, veluti in eo, qui cum fundum corporaliter adhuc detineat, eum poſſidere non vult, verum eſt ſolo animo poſſeſſionem amitti, quæ ſolo animo non poteſt acquiri, ut proindè appareat regulam textus in *dict. l.* 8. perpetuam non eſſe, ſed temperandam, adjecta voce ferè quæ propoſita initio dictæ legis 153. in fine etiam repetita debet intelligi, ut laudati Interpretes obſervarunt; ideo autem ut exiſtimo, regulariter corpore ſimul & animo poſſeſſionem amitti dicitur, quia plerumque quiſquis poſſidendi animum deponit, corporalem etiam inſiſtentiam amittit, ſed quia aliquando poſſidendi animo depoſito, corporalis adhuc inſiſtentia perſeverat, aliquando etiam ſolo animo amitti poſſeſſio dicitur. Superiorem diſtinctionem expreſſè tradit hic fecilè exponendus Papinianus in *dict. l. 44. §. ult. hoc tit.* in illis verbis; *nam ejus quidem quod corpore noſtro teneremus poſſeſſionem amitti vel animo vel etiam corpore, ſi modo eo animo inde digreſſi fuiſſemus ne poſſideremus;* in quibus duplex amittendæ poſſeſſionis modus continetur, prior per ſolum animum, ſi ab eo incipiat amiſſio, ſecundus per animum ſimul & corpus, ſi à corpore originem ducat.

Si ergò ab animo incipiat amiſſio ſolo animo 2
amittitur poſſeſſio ſivè mobilium, ſivè immobilium rerum, quod ideò animadverto, ne aliquem Pauli decipiat auctoritas, qui in *l. 30. §. 4. hoc tit.* tribus modis mobilium rerum poſſeſſionem amitti docet, & primum modum per animum, aut poſſidendi voluntatem aſſignat, quem tamen communem etiam eſſe amiſſionis poſſeſſionis rerum immobilium conſtat ex eodem Paulo in *dict. l. 3. §. 6. hoc tit.* inde fluit vulgaris inter dominium & poſſeſſionem differentia, nam cum poſſeſſio ſtatim amittatur, ab eo, qui ſe poſſidere nolle conſtituit, dominium tamen ejus adhuc manet qui dominus eſſe non vult, *l. ſi quis 17. §. 1. hoc tit.* quippe poſſeſſio, quæ tota facti, non juris eſt, facto etiam amittitur, ſola non poſſidendi voluntate; dominium autem quia juris eſt, quemadmodum nec nuda voluntate, nec traditione acquiritur, niſi ex cauſa à jure probata, *l. 3. §. 10. de donat. inter. l. 31. de acquir. dominio*, ita nec ſolâ voluntate poteſt amitti *l. 34. de pactis*, juncto ibi Cujacio ad Pandecta ex regulâ textus in *l. omnia 100. de regulis juris*, ſic explicat Alciatus, Cujacius & Giphanius, in *dict. l. 17. §. 1.* Conanus *tit. 5. commentariorum cap. 9. n. 10.* quibus & illud conſequens eſt, eum qui rem, ſic dat, ut ſtatim recipiat, dominium non amittere, *l. 55. de ſolutionibus*, niſi momentanea hæc datio juris aliquem effectum penes accipientem remanſurum producat, textus ſic intelligendus in *l. ſi tibi de rebus creditis*, ubi Donellus in poſthumis *ad eum titulum commentariis*, Cujacius *tit. 18. ff. Juliani*, & Antonius Faber in *rationali ad l. 55. ſoluto matrimonio, l. 33. §. 1. de donat. l. 67. de ſolutionibus*; ex contrario autem, eum qui poſſeſſionem ſic transferr, ut iterum recipiat, ſeu rem poſſideat, ſtatim poſſidere deſinere, *l. eſt 8. §. 1. in fine, & §. ſupervacuum 7. quibus modis pignus ſolvit. dict. l. 17. §. 1. in fin. hoc tit.* quamvis quoad juris effectus qui poſſeſſionem ita adeptus eſt, ut eam retinere non poſſit, poſſidere non videri dicatur in *l. 22. hoc tit. l. 4. §. 18. de uſucapionibus*; nec ſuperiori diſtinctioni obſiſtit, quod in ſententia Sabini, quæ adversùs Proculum obtinuit, rei pro derelicto habitæ dominium ſtatim amittitur, priùs quam ab alio occupetur *l. 1. & ferè per totum titulum pro derelicto cum ſimilibus*, nec enim nudâ voluntate dominium amittitur, ſed accedente abjectione ſeu derelictionis facto, quod traductioni, ſeu occupationi contrarium penitus eſt, ut docent Cujacius *tit. 21. obſervationum cap. 8. & tit. 54. Pauli ad edictum in l. 2. pro derelicto.* Antonius Faber. *in rationali ad textum in l. quemadmodum 38. §. 1. de noxalibus actionibus*, Conanus *tit. 3. commentariorum cap. 3. n. 3.* Oſſuald. *tit. 4. commentariorum c. 13. litt. A.*

Quoties verò à corpore incipt amiſſio, animus 3
prætereà ad amittendam poſſeſſionem exigitur, quapropter non ſolum ſubreptæ aut violenter ablatæ rei amittitur poſſeſſio *dict. l. 15. hoc tit. l. 5. de uſucapionibus*; ſed etſi quis cum armatos homines venientes vidiſſet, vel extimeſcens metu perterritus à fundo effugerit, corpore ſimul & animo poſſeſſionem ſtatim amittit, quamvis nemo eorum

fundum ingreſſus ſit, *l.non ſolum 33. ſi dominus 2. de uſucapionibus l.3.§.7.de vi & vi armata*, quoad ejus interdicti unde vi,aut actionis ex edicto,quod metus cauſâ dejectus non cenſetur , quod hujuſmodi remediis non ſperatus, aut exiſtimatus , ſed illatus revera metus locum faciat *l. 9. in principio quod metus cauſa l. 1.& §. idem Labeo 29.dict. l.3. §.6.cum ſequenti de vi & vi armata*,niſi armati homines eodem impetu cujus metu perterritus vetus poſſeſſor aufugiit , fundi poſſeſſionem occupaverint , quo caſu ſuperioribus remediis ideò locus eſt,quia verum eſt fundum vi occupatum fuiſſe, & veterem poſſeſſorem ſi non aufugiſſet,vi dejiciendum fuiſſe, *dict.l.11.§.19.dict.l. 3.§. 7. de vi & vi armata* , quod idem ſervatur, etſi ipſi mutato conſilio, vel aliâ qualibet ratione poſſeſſionem non ingrediantur , quod verum eſt , veterem poſſeſſorem vi dejectum fuiſſe , *l. 4.ſi in me vi 22. de uſucapion.*Nec obſtat,quod his caſibus fundus inuſucapibilis non reddatur, *dict. l.4.§.22.dict.l.33. §.2. de uſucapionibus* ; nam ad hoc ut lex Julia & Plautia uſucapionem prohibeant , non ſufficit veterem poſſeſſorem dejectum vi eſſe , ſeu poſſeſſionem violenter amiſiſſe , ſed hoc exigitur, fundum vi poſſeſſum , id eſt in violento ipſo conflictu occupatum eſſe , *dict. l.4.§.item 28.de uſucapionibus*, quæ omnia nobis indicaſſe ſufficiat,qui ea plenius inveſtigare voluerit, conſulat Dom.Retes & ab eo relatos *lib.1.opuſculorum cap.14.n. 9.& ad leg.Atiliam , Juliam & Plautiam n.19.cum duobus ſequentibus*. His tamen omnibus opponi Ulpianus videtur in *dict. l. 17. in principio hoc tit.* dum aſſerit , quod qui de poſſeſſione vi dejectus eſt , perindè haberi debet,ac ſi poſſideret,quia per interdictum *unde vi* , recuperandæ poſſeſſionis habet facultatem : ergò à fundo violenter dejectus ejus adhuc retinet poſſeſſionem. Sed cum Cujacio ad Pandectas in eo textu facilè reſpondetur , Ulpianum non negare violenter à fundo dejectum corpore ſimul & animo ejus poſſeſſionem ſtatim amittere, id ſolum aſſerere, perinde haberi ac ſi poſſideret quoad aliquos effectus ; nam quemadmodum qui habet actionem ad rem aliquam recuperandam ipſam rem habere videtur propter facilem ejus naneiſcendæ poteſtatem *l. is, qui actionem de regulis juris*, ſic & violenter dejectus propter rei recuperandæ facultatem,perinde interdictum *unde vi* habere dicitur , ac ſi poſſideret quoad juris videlicet effectus, ut conſtat ex *l. 16. §.Julianus 4. de hereditatis petitione l.1.§.ult. qui poſſideris*,quæ ſolutio confirmari etiam poteſt , ex his quæ dixi *cap. 1.n.26.*

4 Corpore etiam ſimul & animo amittitur poſſeſſio, quoties defuit facultas accedendi ad rem poſſeſſam , ut ex *præcedenti cap.* dixi & aliis adductis exemplis amplius explicabo. Si itaque agrum,flumen aut mare occupaverit ejus amittitur poſſeſſio , *l. 3.§.17. hoc tit.l. 12. §. 3. ult. de rebus autoritate Judicis poſſidendis* ? Nec id negat Paulus in *dict. l. 3. §. ult.* qui per inundationem amitti poſſeſſionem docuerat *dict.l.7.§. 12. dict.l. 12. §. ult.* nam prout in vulgatis codicibus habetur in *dict.l. 3.§.3.*ſic ſcribit , item quod mari aut flumine occupatum ſit , poſſidere nos deſinimus , quam vulgatam lectionem Florentinæ referendam quæ ſic habet ; *poſſidere non deſinimus* , præter præcipuam juris actionem.quæ ex defectu facultatis ad inundatum locum accedendi amiſſionem poſſeſſionis inducit , ex pluribus evincitur , 1°. ne alioquin Paulus à ſe ipſo implacabiliter diſſenſiſſe dicatur ; 2°. nam dictio illa *item* qua initio textus utitur conſultus, repetitiva eſt antecedentium, & ſimilis caſus denotat oppoſitionem , ut omnes ſciunt,ſed in duobus præcedentibus §. 3. plures amittendæ poſſeſſionis modos Paulus ipſe tradiderat : ergò & in *dict.§.3.* conſequenter prioribus per inundationem alium amittendæ poſſeſſionis modum adducit. 3°. Denique in §. 3. idem inundatione de eo caſu Paulus ſcribit , quo is, qui rem aliquam poſſidebat , in poteſtatem alterius provenit, ſed expeditum eſt, eum qui in alterius patriam aut dominicam poteſtatem pervenit,priſtinam poſſeſſionem amittere,*l.cum heredes 23.§.1.hoc tit. 16. de precario*:ergò per inundationem amitti poſſeſſionem debuit ſcribere. Rursùs ex eadem ratione mobilium rerũ,quæ in mari,aut flumine demerſæ ſunt,poſſeſſionem amittimus,*l. 13. in principio hoc tit.* idemque eſt in rebus quas in tempeſtate levandæ navis cauſa domini in mare provehunt. Ad quam partem referendum exiſtimo textum in *l.21.§. 1.cum ſequenti hoc tit.*ubi ait Javolenus , quod id,quod ex naufragio expulſum eſt,non uſucapitur quod non eſt in derelicto ſed in deperdito, ſubjungit in §.2. idem juris eſſe in his rebus,quæ in mare jactæ ſunt, quia pro derelicto habitum videri non poteſt, quod ſalutis cauſa interim omiſſum eſt : docet ergò res fortuito in mare demerſas,aut levandæ navis cauſa projectas deperditis rebus æquiparari , ut quemadmodum earum rerum , quæ ita deperduntur , ut ubi ſint, penitus ignoretur , poſſeſſio amittitur ex defectu eas apprehendendi facultatis, ut ex *dict.l.3.§.13.hoc tit. ſuperiori cap. n. 6.* ſic & earum , quæ in mari fataliter demerſæ ſunt , poſſeſſio amittatur , quia vel ubi ſunt penitus ignoratur , vel eas apprehendendi facultas non datur.

Alia ſane dominii cauſa eſt,quod nec per inundationem nec per invertionem amittitur *leg. heres 15.de legat.3.leg.7.§. aliud 6.leg.44.verſiculo idem ait quæcumque 58. de de aquirendo rerum dominio dict.leg.13.in principio.pict. leg.21. §.1.hoc tit.§.alia ſane cauſa eſt 24.inſt.de rerum diviſione*.(de quorum jurium conciliatione *cum leg.23.quibus modis uſusfructus amittitur* , conſulendus Arias de Meſa *tit. variarum c.43.per totum, ubi , n. 10. cum ſequenti.* in concordiam etiam redigit textus in *dict.leg.23. cum leg. ſequenti eodem tit.*) ſicuti per dejectionem in mari factam levandæ navis cauſa. *leg. 9. §. ult. de acquirendo rerum dominio. leg. 21. §. 2. tit. leg. ſi quis 7. pro derelicto. §. ult. inſt. de rerum diviſione.* 5
Hujus autem inter dominium & poſſeſſionem differentiæ ratio facilis eſt , dominium, quia juris eſt , regulariter contra domini voluntatem non amittitur *leg. 9. §. 1. de jure dotium.* pro cujus explicatione videndus Amaya *tit. 6. obſervationum cap. 9. leg. procurator 38. de acquirendo rerum dominio leg. id quod noſtrum 11. de regulis juris*, poſſeſſio autem , quia facti eſt , etiam ignorante aut invito poſſeſſore amittitur , ut præter jam adducta exempla probat textus in *dict. leg. 30. §. item cum prætor 2. hoc tit.* Sed obſtat , quod res in mare demerſa periiſſe dicatur , ita ut adverſus eum qui eam demerſerit , damni injuriæ actio competere dicatur in *leg. 27. §. 21. ad leg. Aquil.* ergo per mobilium rerum demerſionem dominium ad inſtar poſſeſſionis amittitur , pro cujus difficultatis ſolutione omiſſis , quæ tradunt Donellus *tit. 25. commentariorum juris civilis. cap.27. &* Oſſualdus littera A, Suarez de Mendoza *tit. 3. ad leg. aquiliam cap.* 8. Oroz *de apicibus juris civilis cap. 13. num. 5.* dicendum exiſtimo multum differre,an res in mari vel in flumine demerſæ extrahi inde per urinatores poſſent an non : ita ut ſi inveniri non poſſent , periiſſe recte dicantur , & adverſus eos qui eas demerſerint licet nec di-

recta, nec utilis *leg. aquiliæ* actio competere poſſit ſit quia nil alterum intereſt an utilis actio oriatur *dict. leg.* 27. §. 3. *&* 5. *ad leg. aquiliam*, propter damnum autem datum in factum, competit actio, in qua ratio procul dubio habetur ipſius rei æſtimatione, text. ſic intelligendus in *dict. leg.* 27. *&*. 21. *ad l. aquiliam* non quia dominium omiſſum reveta ſit ſed res quæ inveniri non poſſūt, perinde habentur, ac ſi periiſſent, & earum dominium fuiſſet cum poſſeſſione ſimul amiſſum, ad differentiam ejus caſus quo res in flumen vel mare demerſa vere perierit, cujus nomine vel ex primo vel ex tertio *leg. aquiliæ cap.* directa competit ratio, ut in terminis textus in *leg. qua ratione* 7. §. 7. *dict. leg.* 27. *etſi* 19. *ad leg. aquiliam* §. *ult. verſiculo ſed ſi inſt. eodem tit.* ſin autem demerſæ res urinatorum opera inventæ & extractæ ſint, in factum quidem eo nomine competit actio, in qua tamen non ipſarum rerum æſtimationis, quæ periiſſe dici non poſſunt, ratio habebitur, ſed amiſſæ interim poſſeſſionis & damni eo nomine dati interruptæ forſitan uſucapionis, & mercedis urinatoribus præſtitæ de qua in *leg.* 4. §. 4. *ad leg. Rhodiam* juxta quam diſtinctionem explicandi ſunt meo judicio textus in *leg.* 14. §. *ſed ſi* 2 *de præſcriptis verbis*, *leg.* 55. *in fine de acquirendo rerum dominio*, & intelligi ſimiliter poteſt textus *ſcilicet ſi* 43. *de præſcriptis verbis*, *junctis leg.* 17. §. 2. *de præſcriptis verbis. &* in *leg.* 10. §. 1. *commodati* Hujuſmodi vero diſtinctio à ſimili confirmatur, tum ex eo quod ſi res in tempeſtate levandæ navis gratia in mare projectæ apparuerint, communis contributio quæ inducitur ex *leg. Rhodia*, exonerare dicitur *in leg.* 2. §. 7. *ad leg. Rhodiam*, ſed etiam ex eo quod in furti actione non ſemper ipſius rei, ſed aliquando interceptæ poſſeſſionis, aut alterius utilitatis pretium duplicatur *leg.* 12. §. *ult. leg. ſi vendidero* 20. §. 1. juncto ubi Cujacio *num.* 2. *quæſt. Papiniani de furtis.* Similiter ergo in actione in factum, de qua ſupra non ſemper ipſius rei, ſed nonnumquam interruptæ poſſeſſionis & damni eo nomine illati haberi ratio debebit.

Alius etiam amittendæ poſſeſſionis modus per rei traditionem transferendæ poſſeſſionis animo factam contingit ut in *leg.* 3. §. *ſi* 9. circa Florentinam lectionem *hoc tit.* quod adeo verum eſt, ut ſi ex ea cauſa facta ſit traditio, quæ præter civilem aliquam interdictionem inefficax ſit ad tranſlationem dominii, ſi transferendæ poſſeſſionis animo facta proponatur, à tradente poſſeſſio diſcedat, & in accipientem trāsferatur, veluti ſi conjugi conjux transferendæ poſſeſſionis animo rem aliquā donationis cauſa tradiderit, poſſeſſionem ſtatim amittit, & in accipientem conjugem transfert *leg.* 1. §. 4. *hoc tit.* civilis etenim conſtitutio, quæ inter conjuges factas donationes irritas reddit, dominii ſolum quod in jure conſiſtit translationē poteſt impedire, non poſſeſſionem, quæ tanquam, facto conſiſtens ſub civili prohibitione non comprehenditur, cum res facti infirmari civili jure non poſſit, ut ait Paulus in *dict. leg.* 1. §. 4. qui aliam etiam amitendæ & transferendæ ſimul poſſeſſionis ex eo rationem ſumit, quod cum ſolus animus ad amittendam poſſeſſionem ſufficiat, quamvis donatarius conjux poſſeſſionem non acquireret, conjux donans tamen hoc ipſo, quod poſſidere noluiſſet, poſſeſſionem confeſti mamiſiſſet quod ergo dicitur in *leg.* 3. §. *ſciendo* 10. *de donationibus* rei inter cōjuges donatæ traditionē nullius eſſe momēti, ſic recte accipiēdū docet Valētia *t. t. illuſtr. tract.* 2. *c.* 7. *num.* 5. ut ad dominium referatur, non ad poſſeſſionem, quamvis ad ipſum etiam poſſeſſionis effectum poteſt refferri, qui tanquam ex jure deſcendens prohibitioni civili ſubjicitur, & in conjugem donationis cauſa tranſlatæ poſſeſſionis denegatur, ut conſtat ex his, quæ dixi *cap.* 1. *n.* 19. 20. *&* 21. pari ratione per traditionem transferendæ poſſeſſionis animo factam amittitur poſſeſſio licet accipienti acquiri non potuerit, veluti ſi furioſo quem ſanæ mentis eſſe exiſtimabat, eo quod foret in conſpectu ſubumbratæ quietis conſtitutus, rem aliquis tradiderit, poſſeſſionem ſtatim amittit, quamvis furioſo acquiri non poſſit, nam ſufficit aliquam poſſeſſionem dimittere, licet in alterum eam non trasferat *leg. quod meo* 18. §. 1. *hoc tit.* in quo etiam ſicut & in aliis pluribus a poſſeſſione dominium diſtare dignoſcitur, quod cum nec nuda voluntate, nec etiam traditione, niſi juſto titulo accedente amittatur ut *n.* 2. dicebam, etiam poſt rei traditionem ſi quidem accipienti non acquiratur, non amittitur, ſed penes eum qui rem tradit adhuc remanet, quod licet non probet textus in *leg. nec utilem* 20. *eodem quibus cauſis major*, quo ad id probandum vulgò interpretes abutuntur, cujuſque mentem non ſatis Cujacius percipit, *leg.* 13. quæſt. Papiniani *in eodem textu tit.* 3. *quæſt.* ejuſdem J. C. 19. *eodem tit.* aperuit verò Faber. in *rationali* probatur tamen ex *leg. vir uxori* 39. *verſiculo ſed ſi promiſſor de donationibus inter leg. cumque* 38. §. 1. *verſiculo aliquem de ſolutionibus.* de cujus conciliatione cum *leg.* 3. §. *uti de donationibus inter.* vide Cujacium 7. ad affric. *in dict. leg.* 38. §. 1. Fabrum *lib.* 3. conject. Schifordegerum ad *eumdem lib.* 2. *tract.* 16. *quæſtionum* 5. *Cheſium tit.* 1. *interpretationum cap.* 35. *per totum.*

7 Ulterius quemadmodum per traditionem transferendæ poſſeſſionis animo factam poſſeſſio amittitur, licet accipienti non acquiratur *dict. leg.* 1. §. 14. *dict. leg.* 18. §. 1. *hoc tit.* ſic & per inutilem manumiſſionem quod ut intelligatur, ſuppono quod qui ſervum utiliter manumiſiſſet, eum ſtatim poſſidere deſinit, *dict. leg.* 30. §. 4. *hoc tit.* quia & naturalem ejus detentionem amittit, & poſſidendi animum depoſuit, & liberi hominis ſicut & cæterarum rerum, quæ a commertio exemptæ ſunt nulla ſit poſſeſſio *leg.* 1. §. 8. *in fine &* §. *ult. leg.* 23. §. *ult. dict. leg.* 30. §. 1. *hoc tit.* neque huic principio opponitur textus *in leg.* 10. §. 6. 4. *de acquirendo rerum dominio dict. l.* 1. §. 6. *hoc tit.* & alii plures, quibus paſſim ſcriptum legimus liberum hominem poſſideri rectè poſſe; reſpondet namque Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 9. *n.* 1. 2. *&* 3. quod in ejus conditionem ignorante procedunt, qui cum animum habere poſſit, liberum hominem, quem ſervum eſſe exiſtimat, proprio vel alieno nomine detinendi cum bona fide poſſidere non prohibetur, ad differentiam ejus qui liberi hominis conditionem ſcit, qui etſi maximè eum poſſidendi animo detineat, poſſidere dici non poteſt, *leg.* 13. ad exhibendum, *dict. leg.* 23. §. *ult. hoc. tit. leg.* 23. §. *ult. hoc. tit. leg.* 34. *in fine*, de ſtipulatione ſervorum, nec tamen anteceſſoris noſtri ſolutio ſuſtinenda eſt, nam ſi tradiæ diſtinctionis ratio vera eſſet, eadem ſanè diſtinctio in rebus ſacris, religionis & cæteris à commercio exemptis ſervaretur, quas tamen nullo ſcientis, vel ignorantis diſcrimine habito poſſideri non poſſe generaliter certum eſt *dict. l.* 1. §. *ult. hoc tit.* accedit quod liber homo poteſt poſſideri vel non? ſi poteſt poſſideri non minus ab ſciente, quam ab ignorante poſſidebitur, nam mala fides poſſeſſ-

nem non impedit, ſed eam ſolum injuſtam efficit, in ſumma autem poſſeſſionis nil intererſit juſtè quis, au injuſtè poſſideat, *leg. 3. §. ex contrario. 5. hoc tit.* ſi vero quia in commercio non eſt poſſideri non poteſt ab ignorante, non magis quam ab ſciente poſſidebitur, nec enim dato impedimento ex parte rei, bona fides, ſeu ignorantia poteſt poſſeſſionem inducere quod hoc ipſum ſic amplius explicatur. Quiſquis rem proprio, vel alieno nomine detinet, nulla ſcientiæ vel ignorantiæ habita diſtinctione eam poſſidere dicitur, ergo ſi liber homo ſua natura poſſit poſſideri, etiam ab ſciente qui eum proprio vel alieno nomine detinendi animum haberet, poſſideretur, Quare melius dici poſſe exſtimo, quia licet liber homo tanquam à commercio exemptus poſſideri ſua natura non poſſit, ob commercii tamen utilitatem ab ignorante ejus conditionem poſſidetur, ut probat mihi textus elegans in *leg. 44.* in *principio de uſucapionibus* in quo ideo liberum hominem bona fide poſſideri & ex quibuſdam cauſis bonæ fidei poſſeſſori acquiri poſſe, Papinianus ſcribit quia propter aſſiduam & quotidianam ſervorum comparationem, in qua ſæpè contingit, ut liber homo pro ſervo obtrudatur cum non niſi difficile liber homo à ſervo dignoſcatur *l. 5. de contrahenda actione* id ita conſtitui publicè placuit, alioquin in grave rei publicæ diſpendium ſervorum comparationis commercium tolleretur, quod frequentius olim erat, quam aliarum ſpecierum, ut potè cujus erat quæſtus uberior, prout Papianum recte explicat Cujac. *lib. 23. quæſt Papiniani* hæc autem utilitatis ratio in aliis rebus à commercio exemptis locum non habet, quæ ab ignorante non magis, quam ab ſciente poſſidentur,

8 Qua ſuppoſitione facta dicimus non modo per utilem, ſed per inutilem manumiſſionem ſervi poſſeſſionem amitti, veluti ſi quis ſervum, quem bonâ fide poſſidebat, & uſucapere cæperat, manumiſerit, quamvis ex defectu dominii, ſervum ad libertatem non perduxerit ex regulâ textus in *l. 1. & per totum C. de his qui à non domino manum.* Eum tamen ſtatim poſſidere & uſucapere deſinit *l. qui pro donato 5. ff. pro donato*, quia & detentionem & poſſidendi animum depoſuit argumento textus in *l. 25. de evictionibus*, quod idem procedit, etſi ex alia qualibet cauſa inutilis ſit manumiſſio, ut ecce ſi eo jure, quod obtinuit in ſententia Sabini ante novam Juſtiniani conſtitutionem in *leg. 1. C. de commun. ſerv. manum. & in §. ult. inſt. de donationibus.* Unus ex ſociis abſque alterius conſenſu & ſic inutiliter communem ſervum manumiſit, ejus tamen poſſeſſionem procul dubio amittebat ſimul cum ſuæ partis dominio, quod per jus accreſcendi conſocio acquirebatur, adeo ut etſi non cenſu vel vindicta, ſed minus ſolemniter veluti inter amicos aut per epiſtolam ſocius communem ſervum ſine conſocii conſenſu manumiſiſſet, quaſi nil ageret ideſt nec ſervum ad libertatem perduceret, neque ſuæ partis dominium amitteret, quæ ſocio nō accreſcebat ut docet Ulpianus in *fragmentis tit. de libertis §. commun. 15. &* Paulus *tit. 5. ſententiarum tit. 12. de manumiſſione in principio*, ejus tamen poſſeſſionem amitteret propter nudam voluntatem ex minus ſolemni, & inutili manumiſſione elicitam, quam ad amittemdam poſſeſſionem ſufficere ſupra diximus ex *dict. leg. 17. §. 1. hoc tit.* & tamen omnia quæ de amittenda poſſeſſione per traditionem, licet in accipientem non transferatur, & per inutilem manumiſſionem aſſervimus, infringere videtur intelligendus *text. in l. qui abſentem 38. in principio verſiculo quoniam & in dict. leg. 34.* qui ſempronianum fundum emerat per errorem à venditore miſſus eſt in poſſeſſionem fundi Corneliani, eamque inivit, cum tamen falſo exiſtimaret ſe miſſum in ſemproniani fundi poſſeſſionem quem emerat, ſupponit initio Ulpianus emptorem, nec ſemproniani fundi quem emerat ex defectu corporalis aprehenſionis, nec magis Corneliani, quem ingreſſus fuit ex animi defectu poſſeſſionem acquiſiſſe, ut dixi *cap. 2. numero 2.* progreditur & *in dict. verſiculo quoniam* docet, quod licet ſolo animo amitti, deponi, & multari poſſeſſionem Celſus & Marcellus ſcribunt in *dict. leg. 18. §. 1. hoc tit. & in leg. qui bona fide 19.* venditor cum neque ſemproniani fundi poſſeſſionem vendiderat, nec magis Corneliani poſſeſſionem amittit, quæ emptori acquiſita non fuit, tunc ſic, eu ubi poſſeſſio à tradente ideo non amittitur, quia ab incipiente non acquiritur, ergo poſſeſſio quæ per traditionem in accipientem non transfertur à tradente non amittitur in *dict. leg. 38. §. 1.* ait Julianus, quod qui abſenti ſervo ſcribit, ut in libertate moretur, non ſtatim ejus poſſeſſionem amittit, ſed ubi ſervus manumiſſionis certior factus ſit, quia non illico ſervus libertatem nanciſcitur, ſed demum eo tempore: quo acceptis litteris dominicam vocem ſciverit, ergo cum eo demum tempore, quo effectum manumiſſio ſortitur, dominus ſervi poſſeſſionem amittat, evincitur per inutilem manumiſſionem ſervi poſſeſſionem amitti non poſſe.

Utriuſque difficultatis ſolutio ex eodem principio derivatur, quod diximus per traditionem transferendæ poſſeſſionis animo factam poſſeſſionem amitti, licet ea accipienti non acquiratur, ita procedit ſi tradens amittendæ poſſeſſionis animum habeat, ut in *dict. l. 1. §. 4. & dict. l. 18. §. 1. hoc tit.* in quibus de præſentis rei traditione tractatur; cæterum ubi venditor in abſentis rei venditæ poſſeſſionem emptorem mittit, ut in *dict. l. 34. hoc tit.* eo animo eſſe dignoſcitur, ut non prius poſſeſſionem amittat, quam ſi eam emptor acquiſierit, nec enim de præſenti rem tradidit, ſed emptorem in ejus poſſeſſionem ire juſſit, nemo autem eo animo eſſe creditur, ut abſentis rei poſſeſſionem amittat ob emtionem, quam adeptus emptor non fuerit, ut eleganter aiebat Papinianus in *dict. l. 18. de vi & vi armata*, & quiſquis emptorem in rei venditiæ poſſeſſionem ire jubet quodam modo ſub conditione ab ea recedere intelligitur, ſi emptori fuerit acquiſitta, ut aſſerit Ulpianus in *dict. l. 34. in fine principii*, docent Cujacius *ad pandectas in dict. l. 34. & tit 26. quæſt. Papiniani in dict. l. 18. de vi & vi armata.* Donnellus *tit. 5. commentariorum cap. 13.* Barboſa *in l. ſi aliena ff. ſoluto matrimonio num. 109.* illud obiter advertendum eſt licet renuant Cujacius, & alii claſſici in *dict. l. 34.* in florentinis codicibus recte ſcriptum eſſe affirmativè, *quoniam autem in corpore conſenſerimus*, & eorum verborum ſenſum eſſe, quod cum in corpote contrahendæ emptionis tempore emptor & venditor conſenſerint, dicendum videbatur, inſuperhabitio ſubſequenti errore venditorem poſſeſſionem ſtatim amittere, contrarium tamen ex ſuperiori ratione deciditur. Similiter quod dicitur per inutilem manumiſſionem ſervi poſſeſſionem amitti, tunc obtinet cum poſſeſſor præſentem ſervum inuti- 9

liter manumiſit, qui amittendæ ſtatim poſſeſſionis animum habet, ut in textu ſic intelligendo in *dict. l. 5. pro donato*, at cum quis abſentem ſervum per epiſtolam manumiſit, ut in *dict. l. 38. in principio hoc tit.* non eam mentem habet, ut ſtatim ſervi poſſeſſionem amittat, ſed in id tempus ſuam deſtinationem confert, quo ſervus certior factus ſit, nec enim ſervum ſtatim manumiſit, ſed ubi ad eum perveniret epiſtola, ut poſt Cujacium ad Pandectas in *dict. l. 38.* explicat Cheſius *lib. 1. interpretationum cap.* 22. *num.* 8.

10 Ultra Interpretes tamen exiſtimo, quod eo quod ſervus epiſtolam acceperit, & dominicam voluntatem ſcierit, ſtatim ejus amittitur poſſeſſio, licet manumiſſio propter aliquod juris impedimentum effectum ſortiri non potuerit, ex eo moveor quod qui per epiſtolam ſervum manumittit, eo animo eſt, ut ſervum ſimul ac ad eum epiſtolam pervenerit, ad libertatem perducat, ejuſque neceſſariam poſſeſſionem ex neceſſariâ conſequentiâ amittit; ergò eo demùm tempore propter animum ex manumiſſione, quamvis utili elicitum debet poſſeſſionem amittere: hoc ipſum clariùs ſic explico ex inutili manumiſſione, quæ in præſens tempus confertur præſens poſſeſſionis amiſſio proficiſcitur *dict. l. 5. pro donato*: ergò ex inutili manumiſſione in futurum tempus collata in ejus adventu poſſeſſionis amiſſio debet proficiſci, idemque dicendum puto, ubi venditor in abſentis rei venditæ poſſeſſionem mittit emptorem, nam ex quo emptor rem ipſam apprehenderit, quamvis poſſeſſionem ex aliquâ causâ rei acquiſierit, eam venditor poſſidere deſinit, nam quemadmodum præſens traditio, quamvis ad transferendam poſſeſſionem ſit inefficax, præſentem ejus amiſſionem operatur, *dict. l. 1. §. 4. dict. l.* 18. §. 1. *hoc tit.* ſic & transferendæ poſſeſſionis deſtinatio in futurum tempus quo ſcilicet emptor rem poſſeſſionis debet operari, licet ea emptori non acquiratur, nec rem ipſam apprehenderit, collata, eo adveniente amiſſio. Novæ noſtræ opinioni refragantur textus in *dict. l. 34. hoc tit. & in dict. l. 18. de vi & vi armata*, in quibus ideò poſſeſſionem venditor non amiſit, quia emptor nondum fundum quem emerat, apprehenderat in *dict. l. 34.* non ſempronianum fundum quem emerat, ſed Cornelianum per errorem fuit ingreſſus in *l.* 18. à colono fundum ingredi fuit prohibitus. Sed dices in prædictis juribus non ideò venditorem poſſeſſionem non amittere, ſcriberè conſultos, quod emptor fundum non apprehenderit, ſed quod ejus poſſeſſionem non acquiſierit: Reſpondeo quod cum in his juribus nullum acquirendæ poſſeſſionis impedimentum ex parte adeſſet emptoris, qui ſi fundum, quem emerat, apprehendiſſet ejus ſine dubio poſſeſſionem acquiſiiſſet, aſſeverarunt ideò conſulti venditorem non priùs poſſeſſionem amittere, quam eam emptor acquiſierit, at ſi aliquod impedimentum ex parte emptoris adeſſet, qui etſi maxime fundum apprehendiſſet, ejus tamen poſſeſſionem non acquiſiſſet, non quidem conſulti aſſeruiſſent venditorem poſſeſſionem tandiu retinere, quandiu eam emptor non acquiſieſſet, ſed potius quandiu fundum non apprehendiſſet, quod ad amittendam poſſeſſionem ſufficeret ex jam dictis.

Ex quibus difficilis occurrit quæſtio, utrum ſcilicet poſſeſſionis traditio, ſeu tranſlatio fieri ſub conditione poſſit, in quâ Cujacius & Giphanius in *dict. l. 38. §. 1. hoc tit.* Faber *in rationali* ad textum in *l. 4. de ſervitutibus.* Amaya *tit.* 2. *obſervationum cap. 4. ex num.* 13. & alii plures conſtanter aſſerunt poſſeſſionis traditionem ſeu tranſlationem ſub conditione rectè fieri, qui ſequentibus fundamentis utuntur; legitimi dumtaxat actus non recipere conditionem dicuntur in *l. 77. de regulis juris*, ſed poſſeſſionis traditio, ſeu tranſlatio legitimus actus non eſt, ut omnibus patet; ergò poteſt conditionem recipere. Rursùs dominii tranſlatio ſub conditione rectè fit *l. 7. §. ult. l. 9. §. 1. de jure datium*, *l. 2. §. 5. de donationibus*, *l. ſub conditione 16. de ſolutione*: ergò & poſſeſſionis tranſlatio poteſt ſub conditione fieri. Expendunt textus in *dict. l. 34. in principio dict. l. 38. hoc tit. dict. l. 18. de vi & vi armata*, in quibus diſertè ſcriptum eſt, venditorem ſub conditione poſſeſſionem amittere, ſi eam emptor acquiſierit, & eum, qui abſenti ſervo ſcribit, ut in libertate moretur, in id tempus amittendæ poſſeſſionis deſtinationem conferre, quo ſervus certior factus ſit. Expreſſam denique & ſub judicio inevitabilem Juliani deciſionem afferunt, quâ tota ſententia nititur in *dict. l. 38. §. 1. hoc tit.* ubi ſi quis fundi poſſeſſionem ita tradiderit, ſi ipſius fundus eſſet, docet conſultus, quod poſſeſſio tradita non intelligitur, ſi alienus fundus ſit, & hoc ampliùs ſubjungit, poſſeſſionem ſub conditione tradi poſſe, ſi res ſub conditione tradantur, nec aliter accipientis fiunt, quam ſi conditio ſteterit; ergò ſentit poſſeſſionis traditionem, dominiique tranſlationem ſub conditione rectè fieri. 11

Verior tamen contraria ſententia, quam cùm aliis defendit Retes 2. *part. de verb. oblig. tract.* 2. *de ſtipulatione conditionali princip. 3. de ſtatu & qualitate ſtipulationis coditionalis num.* 29. *cum duobus ſequentibus*, aſſerens poſſeſſionis traditionem ſeu translationem fieri non poſſe ſub conditione, cum enim quæritur, quinam actus conditionem poſſint recipere, quinam verò eam non admittunt, ſequens erit addiſcenda diſtinctio. Actus qui ex ſuo genere de præſenti executionem non petunt, ſed poſtea aliquid aliud ſpectant, dilationem & conditionem recipiunt, tales ſunt contractus omnes quos ſub conditione utiliter celebrari, nullus ignorat; tales etiam ſunt teſtamentariæ ferè omnes diſpoſitiones, quas ſub conditione conceptas paſſim legimus, actus vero qui ab executione & implemento ſubſtantiam accipiunt, & præſentem effectum ſortiuntur, conditionem non admittunt, implicat enim, quod executivus actus ſit, & quod executio per conditionem ſuſpendatur, tales profectò ſunt legitimi actus, quos enumerat Papinianus in *dict. l. 77. de regulis juris*, ubi videndus Patrus Faber *lib. 2. ſemeſtrium cap.* 22. *cum ſequenti*: talis etiam tranſlatio dominii eſt, quæ tanquam executione ſubſtantiam capiens conditionem ideò non admittit, quia fieri non poteſt, ut dominium ſimul transferatur, quemadmodum & ex eadem ratione ſervitus, quæ ſub conditione promittitur *l. exiſtimo 98. de verb. oblig.* ſub conditione tamen non rectè conſtituitur *l. 4. de ſervitute*, quia ſervitutis conſtitutio ad differentiam poſſeſſionis execu- 12

tivus actus eſt, id quo non modo in prædialium, ſed & in perſonalium ſervitutum conſtitutione procedit, quamvis contrarium teneant Cujacius *tit. 6. Pauli ad edictum in l. 4. de uſufructu & tit. 7. quæſt. Papiniani* in *dict. l. 4. de ſervitute*, Donellus *tit. 11. commentariorum cap. 10. & ibi* Oſſualdus *litt. C.* Molina *tit. 10. de primogeniis cap. 19. num. 21. & ſequenti*, Maſius *tit. 5. ſingularium opinionum cap. 6.* Galvanus *de uſufructu cap. 31. num. 7.* quorum opinionem improbavit meritò Dominus Retes *ubi ſupra num. 30.* ex eo quod perſonalis non minùs quam prædialis ſervitutum conſtitutio executionis actus eſt, qui nullam ſuſpenſionem admittit, ut advertit textum in *l. 4. de uſufructu l. unic. §. item 3.* quando dies uſuſtuctus *l. ced. l. 16. §. uſufructus 2. famil. ercifcund.* ſolum probare uſumfructum à teſtatore aut promiſſore, aut ab arbitro ad dividenda bona aſſumpto ex die, aut ſub conditione dari poſſe, cum legatum, promiſſio & adjudicatio executivi actus non ſint, non autem ex eo evenire uſumfructum ex die, aut ſub condirione poſſe conſtitui. Hæc tamen ampliſſimi præceptoris doctrina licet in legaro, & in promiſſione ſecurè procedat, in adjudicatione tamen falſa eſt, quæ cum præſentem dominii tranſlationem contineat, *§. ult.* ubi notant interpretes *inſt. de officio Judicis*, & uſusfructus etiam conſtitutio *l. 6. §. 1. de uſufructu*, executivus actus eſt, ac proinde dilationem non recipit. Dicerem ſanè libentius, dum alii meliora attulerint text. in *dict. l. 16. §. 2. famil. excifcund.* quatenus aſſerit arbitrium ex die uſumfructum recte adjudicare, ita exaudiendum eſſe, ut eo die facto uſusfructus adjudicatio ſummo quidem jure non ſubſtſtit, ex pretoriâ tamen æquitate ſuſtinetur ad inſtar ſervitutis prædialis cujus die aut ſub conditione facta conſtitutio, quamvis ſtricto jure ſit inutilis, à Prætore tamen defenditur *dict. l. 4. de ſervitutibus.* Ex quibus evidenter infertur traditionem ſeu tranſlaionem poſſeſſionis, ut pote quæ præſentem effectum ſortitur executivum actum eſſe, ac per conſequens fieri ſub conditione non poſſe.

Nec pro contraria opinione ſupra expenſa fundamenta ſententiam noſtrã evertunt, quorum primo facile reſpondetur, non ſolum legitimos, ſed & quoſcumque alios actus executivos, diem, aut conditionem non recipere; ut nuper oſtenſum eſt, quia immo & legitimos eos actus, quos in *dict. leg. 77.* de *regula juris* Papinianus recenſet, ideo diem, aut conditionem reſpuere, quia legitimi, ſed potius executivi ſunt, ut de ſingulis latè & eleganter diſſerit Petrus Faber *dict. lib. 2. ſemeſtrium cap. 22. cum ſequentibus*, & eâ ratione poſſeſſionis traditionem, quæ licet non legitimus, executivus tamen actus eſt, fieri ſub conditione non poſſe. Secundo fundamento reſpondeo executivos actus, qui conditionem non recipiunt, tacitè illam admittere, & à prævio actu dependere, ut præter vulgare acceptilationis exemplum de quo in *l. quod in die 12. de acceptilatione in dict. l. 77. de regulis juris.* videre eſt in tranſlatione dominii, quæ licet ex cauſa puri & ſimplicis tituli præcedentis fieri ſub conditione non poſſit, ſcilicet prævia transferendi dominium cauſa conditionalis ſit, veluti cauſa futuræ mortis, cauſa donationis, aut inter vivos donationis conditionalis eandem tacitam recipit donationem ex naturâ rei, in quibus terminis loquuntur textus in *l. 7. §. ult. dict. l. 9. §. 1. de jure dotium, dict. l. 2. §. 5. de donationibus dict. l. 2. §. 29. de mortis causâ donationis*, textus ſic intelligendus in *l. omnia 7. de rebus creditis*, idemque in ſolutione ſervatur, quæ ex conditionalis debiti cauſâ ſub eadem conditione rectè fit *juxta l. 16. de ſolutione*, pro cujus pleniori expoſitione videnda quæ dixi in accademico *de uſucapionibus cap. 3. num. 2. & 27.* nec magis obſtat textus in *dict. l. 34. in principio hoc tit. & in dict. l. 18. de vi & vi armata.* In quibus venditor de præſenti emptori fundum non tradidit, ſed cum in fundi poſſeſſionem revertit, qui actus cum in futurum rempus conſeratur executivus dici non poteſt, nec enim præſentem poſſeſſionis contineret tranſlationem, ſed ejus dumtaxat in futurum transferendæ poſſeſſionis deſtinationem, quæ ſub eâ conditione, ſi fundum emptor apprehenderit, rectè fit, ex quâ etiam doctrinâ intelligitur textus in *l. 38. in principio hoc tit.* in quo ideo eum, qui abſenti ſervo, ut in libertate moretur, ſcripſit, ejus poſſeſſionem non ſtatim amittere, ſed ubi ad ſervum, epiſtola pervenerit, Cujacius putabat, quia per epiſtolam manumiſſio, quæ legiuimus aut ſolemnis actus non eſt utiliter ſub conditione peragitur, falſo tamen, nam ſi per epiſtolam manumiſſio executivus actus eſſet, quamvis minus ſolemnis, non eo magis conditionem reciperet ex ſupra dictis, nullamque rationem quærere opus eſt, quam quæ ex ſuperioribus deſcendit, & à Juliano in ipſo texiu traditur, per epiſtolam manumiſſio non in præſens, ſed in futurum tempus confertur, quo ſcilicet dominii litteras ſervus acceperit, argumento textus *in l. abſenti de donationibus*, juncto Cheſio *dict. lib. 1. interpretationum cap. 23. per totum*, & executivus itaque actus non eſt, & quamlibet conditionem admittit, teſtamentariæ manumiſsionis exemplo, quæ quia in futurum confertur, nec præſentem effectum ſortitur, ſub quacumque conditione recte relinquitur.

Difficilior nunc ſupereſt exponendus textus 14
in *dict. leg. 37. §. 1. tit.* in quo ideo dominii translationem conditionem illam recipere, ſi fundus tradentis ſit, exiſtimabat Retes *ubi ſupra num. 29.* quia hujuſmodi conditio neceſſaria, intrinſeca, & de natura translationis dominii id eſt, quæ etiam ſi non exprimeretur, traditioni tacite ineſſet *ex generali regula textus in leg. traditio 20. de acquirende rerum dominio, leg. nemo plus 54. de regulis juris* & quod in fine textus ſcribit conſultos traditionem ſub conditione fieri poſſe circa ſubjectam materiam accipiendum eſſe, laudatus præceptor intendit, de conditione ſcilicet ad ipſius traditionis valorem accipiendum eſſe. Verum hæc præceptoris noſtri ſententia, cui ſubſcribit nec ingenio nec judicio inferior ejus diſcipulus, meus venerandus magiſter. D. Didacus de la Serna in Academicis de *ſervitutibus cap. 2. num. 21.* licet quoad dominii translationem ſit vera, falſa tamen eſt circa poſseſsionis traditionem, de qua loquitur Julianus in *dict. leg. 38. §. 1. conditio illa, ſi fundus ſit tradentis*, eſt quidem neceſſaria ad translationem poſſeſsionis, quæ cum in alterius non minus, quam in propriis

rebus

rebus poſſit conſiſtere, etiam ſi fundus alienus eſſet, à tradente amitteretur, & in accipientem transferretur, niſi eadem conditio traditioni fuiſſet appoſita: ergò etiam eam conditionem poſſeſſionis tradirio recipit, quæ ad ejus tranſlationem neceſſaria non eſt: duplicem itaque interpretationem pro difficillima Juliani deciſionis intelligentia excogitavi. utramque proponam, ut eam quæ magis placuerit, eligatis. Et 1°. dici poteſt, condirionem illam, *ſi fundus tradentis ſit*, tradirioni poſſeſſionis adjectam ita accipiendam eſſe, ſi fundus tradentis ſit non quidem quoad dominii, ſed quoad poſſeſſionis cauſam, cujus improprium, & aliquale dominium dari vulgo Interpretes obſervarunt ex *l. 2. C. Theodoſiano de bonis maternis.* Hæc autem conditio ſic accepta procul dubio ad poſſeſſionis tranſlationem eſt neceſſaria, & licet expreſſa non fuiſſet, tacitè tamen ineſſet, nec enim poſſeſſio, quæ penes tradentem nou eſt, in accipientem poteſt transferri, *quamvis 32. §. 1. hoc tit.* junctis quæ dixi *cap. 2. num.* 19. merito ergo aſſerit Julianus ſub ea conditione poſſeſſionem rectè transferri, quod vero poſtea ſubjecit, poſſeſſionem ſub conditione tradi poſſe; ſi res ſub conditione traduntur, eum ſenſum habere contendo, non ut quamcumque conditionem recipiat dominii, & poſſeſſionis tranſlatio, ſed ut ab eadem conditione rectè poſſeſſio transferatur; ſub qua & dominium poteſt transferri, ut quemadmodum ubi conditionalis cauſa præcedit, ſub eadem conditione utiliter dominium transfertur, ut in *juribus ſuperiori num. adductis*, ſic & ſub eadem conditione rectè poſſeſſio transferatur, cum tacitam conditionem & à prævio actu dependentem executivi omnes actus admittant *dict. l. 12. de acceptilatione, dict. l. 77. de regulis juris cum ſimilibus.*

15 Secundò dici poſſe exiſtimo regulam quæ habet executivos actus recipere conditionem non poſſe ad eas dumtaxat conditiones pertinere, quæ quia ad futurum tempus referantur, actus ſuſpenſionem inducunt, non verò ad conditiones, quæ ad præſens vel præteritum tempus referuntur, quæ licet cooditiones dicantur, jure tamen & propriè conditiones non ſuot, figuram ſolum obtinent conditionis, non vim & poteſtatem, cum vel ſtatim actum infirment, vel omninò non differant, *l. cum ad præſens 37. cum duobus ſequentibus de rebus creditis l. cum 16. verſiculo multum, & verſiculo quod ſi de injuſtis nupto, l. eas 60. de C. & dict. l. ſtipulatus 120. de verb. oblig. §. conditionem penult. inſt. eodem* Coſta *tit. 1. ſelect. cap. 1. & 2.* Cujacius *tit. 1. definitionum Papinian. in dict. l. 37. de rebus creditis & dict. l. 120. de verb. oblig.* Donellus 8. *commentariorum cap. 3. & in poſthumis commentariis ad dict. l. 37.* Gomez 1. *variarum cap. 12. num.* 64. Executivus itaque actus cujus naturæ quælibet ſuſpenſio repugnat in futurum conceptam conditionem non admittit, ad præſens au præteritum tempus relatam conditionem, quæ executionem non remoratur, recipit, ut præter efficacem jutis rationem probant exempla ſui hæredis qui licet ſub ea conditione, quæ in ejus poteſtate non ſit, hæres inutiliter inſtituatur, niſi in ejus defectum ſit exhæredatus, *l. 4. C. de inſtitutionibus & ſubſtitutionibus cum ſimilibus.* Sub ea tamen conditione quæ ad præſeos aut ad præteritum tempus referatur, rectè hæres inſtituitur, *l. 10. §. 1. de conditionibus inſt.* juncto Coſta *tit. 1. ſelect. cap. 1.* & Patronus qui ſi ex parte teſtamento liberti ſub ea conditione hæres inſtituatur, quæ aditæ à cohærede hæreditatis tempore nondum ſteterit, ejus eventu non ſpectato poteſt contra tabulas bonorum poſſeſſionem accipere, *l. 3. §. quid ergo 12. de bonis lib.* ſi verò ſub coodirione ad præteritum aut præſens tempus collata hæres ſcriptus ſit, ſub conditione inſtitutus non intelligitur *dict. l. 3. §. ſi tamen de bonis libertorum.* Ex quibus faciliè Juliani explicatio deſcendit qui in *dict. l. 38. §. 1. hoc tit.* executivum tranſlationis poſſeſſionis actum eam conditionem recipere ſcribit, *ſi fundus ſit tradentis*; quæ etſi non de poſſeſſione, ſed de dominio accipiatur, quia tamen ad præſens tempus refertur, & nullam ſuſpenſionem inducit executivo tranſlationis poſſeſſionis actui utiliter adjicitur, quia vel fundus revera tradentis eſt; & poſſeſſio à tradente ſtatim amittitur, & in accipientem transfertur, vel tradentis non eſt, & poſſeſſio penes tradentem remanet, nec in accipientem transfertur, & eam eſſe Juliani mentem ex ipſius textus littera, nec obſcurè, nec inutiliter forſan evinco. Ait Conſultus, quod ſi quis fundi poſſeſſionem ita tradiderit, ſi ipſius fundus ſit, poſſeſſio tradita non videtur, ſi alienus ſit, ſubjungit poſſeſſionem ſub conditione tradi poſſe; Juliani elegantiam attendite. In prima textus parte poſſeſſionem ſub conditione tradi non dixit, nam oratio illa, *ſi fundus tradentis ſit*; ut pote in præſens tempus collata figuram ſolum, non conditionis poteſtatem importat: in ſecunda hoc amplius admittit, poſſeſſionem ſub conditione tradi poſſe, loquitur quidem de neceſſaria, & intrinſeca condirione, ut conſtat ex ultimis textus verbis, in quibus non aliter dominium, & poſſeſſionem transferri in accipientem docemur, quam ſi conditio ſteterit, quod dici ſolet de conditionibus in futurum tempus collatis, quorum incertus eſt exitus & eventus, non de his, quæ ad præſens aut præteritum referuntur, in id igitur integer Juliani contextus recidit, ut poſſeſſio ſub ea conditione, quæ ad præſens, aut prætetitum tempus refertur, utiliter transferatur, quia executivus tranſlationis actus per hujuſmodi conditionem nullam recipit ſuſpenſionem, & ſub ea etiam conditione; quæ ad futurum referatur, poſſit transferri, dummodo tacita ſit; & à prævia conditionali diſpoſitione dependeat.

Sed objicies difficillimum Africani reſponſum in *l. eum qui 51. §. ult. de acquirenda hæreditate*, ubi hæreditatis adirio ſub ea conditione, *ſi ſolvendo hæreditas eſt* inutilis eſſe dicitur, tuoc ſic: aditio hæreditatis, quia præſentem rerum hæreditariarum continet acquiſitionem, *l. 23. hoc tit.* tamquam actus executivus conditionem non admittit, *l. 77. de regulis juris*, nec ſub ea etiam conditione, quæ ad tempus refertur, poteſt fieri: ergo actus executivi nec eam conditionem accipiunt, quæ ad præſens tempus vel præteritum referatur, ac per conſequens poſſeſſionis tranſlatio fieri ſub ea conditione non poteſt, *ſi fundus tradentis ſit*, augetur difficultas ex eo quod executivi actus, non ſolum conditionem, ſed nec ullam 16

moram admittunt, *dict. l. 77. de regulis juris.* Sed conditio quæ ad præſens, aut præteritum tempus referatur, quamvis actum non ſuſpendat, moram tamen continet, donec probari poſſit, eam ſtetiſſe, vel defeciſſe; ergo neque hujuſmodi conditionem executivi actus recipiunt, ut hac ſola ratione ductus exiſtimat Pichardus in *dict. §. penult. de verb. oblig. num.* 5. cui difficultati, ut reſpondeam textum in *dict. l. 51. §. ult. de acquirenda hæreditate*, præter Interpretes captum ita intelligi poſſe exiſtimo, ſi dicamus quod Africanus aſſerit, hæreditatem ſub ea conditione adiri non poſſe, *ſi ſolvendo eſt*, non generaliter accipiendum, ſed ad filiumfam. ab extraneo hæredem inſtitutum reſtringendum dixerat Julianus in *dict. l. 51. §. 1. filium fam.* hæredem inſtitutum cui pater juſſerat, ut ita demum adiret, ſi eam idoneam comperiſſet, quamdiu perſuaſum ei non ſit, hæreditatem ſolvendo eſſe, inutiliter adiri in *§. ult.* quærit an ſi quis filius ſcilicet familiæ, ut ſic huic §. præcedenti cohæreat, ſine juſſu patris ita hæreditatem adierit, *ſi ſolvendo eſt*, utilis aditio ſit! dubitandi ratio hæc erat, ideò filiusfamilias ſine juſſu patris adire hæreditatem non poteſt, ne eum invitum hæreditariis oneribus obſtringat, *l. qui in aliena 6. de acquirenda hæreditate*, ſed ubi hæreditas ſolvendo exiſtit, ceſſat ſane metus ſuperioris incommodi; ergò filiusfamilias ſi paternum juſſum non præceſſerit ſub ea conditione, *ſi ſolvendo eſt*, poteſt hæreditatem adire. Contrarium autem Africanus reſpondet, ideò, quia licet hæreditas locuples & ſolvendo exiſtat, hæres tamen per ejus aditionem, creditoribus hæreditariis reſpondere tenetur. Filius autem invitum patrem obligare æri alieno non poteſt, *dict. l. 6. de acquirenda hæreditate*, conducit vulgare pupilli exemplum, qui ſine tutoris authoritate lucroſam adhuc, nec ullum damnum habentem adire ideò non permittitur, quia obligari abſque tutoris authoritate non poteſt, *l. 9. §. hactenus 3. de authoritate tutorum §. 1. inſt. eod.* regulariter ergo ſub ea conditione ad præſens tempus relata, *ſi ſolvendo hæreditas eſt*, aditio utilis fit, quemadmodum & cæteri executivi actus eamdem conditionem recipiunt, à qua tamen regula filiusfamilias excipitur, qui ſi patris juſſus non præceſſerit, neque ſub hujuſmodi conditione adire hæreditatem permittitur, nec tunc obſtat, quod ad præſens, vel præteritum relata conditio aliquam ſaltem moram contineat, uſque dum de ejus veritate, aut falſitate conſtet, nam actus executio nec mora, nec conditione ſuſpenditur, ſed probationis dumtaxat incommodum experitur, qui veram vel falſam eſſe conditionem contendit, ut in ſpecie textus in *dict. l. 38. §. 1. hoc tit.* poſſeſſionis tranſlatio non ſuſpenditur, quæ vel ſtatim in accipientem transfertur, vel omninò penes tradentem perſiſtit: hic autem qui ſe poſſidere contenderit veram vel falſam conditionem eſſe, id eſt, proprium vel alienum fundum eſſe oſtendere tenetur, ut amiſſæ, retentæve poſſeſſionis veritas dignoſcatur.

17 Nec per veram dumtaxat traditionem poſſeſſio amittitur, & in accipientem transfertur, ut latè jam vidimus, ſed aliquando ſolo animo ſtricta poſſeſſio in latam mutatur, & in alium poteſt transferri, veluti ſi ei, qui ſtrictè poſſidebat, alieno nomine ſe poſſidere conſtituat, hoc ipſo ſtrictè poſſidere deſinit, latam ſolùm retinet poſſeſſionem, ſtrictam in eum transfert, cujus nomine poſſidere conſtituit, *l. quod meo 18. hoc tit.* junctis quæ dixi 2. *cap. n.* 19. nec obſtat quod Celſus in *dict. l.* 18. ait eum qui cum ipſe poſſideret, alieno nomine ſe poſſidere conſtituit, cauſam poſſeſſionis non mutare, ſed poſſidere deſinere, & ſuo miniſterio alium poſſeſſorem facere, id autem ad ſtrictam, non ad latam poſſeſſionem ſpectat, qui cum ſtrictè poſſideret, alieno nomine ſe poſſidere conſtituit, ſtrictam quidem poſſeſſionem in alium non mutat, ſed latam ſolum retinet poſſeſſionem, & ſtrictam quam amittit, in eum transfert, cujus nomine poſſidere conſtituit, aliud eſt enim poſſidere ſtrictè, aliud alieno nomine, latè videlicet poſſidere; nam ſtrictè is poſſidet, cujus nomine poſſidetur, quemadmodum Paulus ſcribit in *l. 3. §. ſi ei 20. hoc tit.* depoſitarium aut commodatarium, cui à deponente, vel à commodante res vendita, aut donata eſt ſibi poſſeſſionis cauſam mutare non videri, quia nec poſſidebat, quod ad ſtrictam, non ad latam poſſeſſionem debet referri, quæ apud depoſitarium aut commodatarium exiſtit, venditionis, aut donationis cauſa ſequuta in ſtrictam quidem mutatur. Stricta autem poſſeſſio per emptionem, aut donationem mutata dici non poteſt, quæ ut potè ante novam emptionis aut donationis cauſam apud depoſitarium aut commodatarium non exiſtebat. Nec mirum quod nova accedente cauſa lata poſſeſſio in ſtrictam poſſit mutari, nam & videmus, quod licet generaliter traditum ſit in *dict. l. 3. §. illud 9. hoc tit. l. 2. §. 1. pro hærede l. 5. C. hoc tit.* neminem ſibi poſſe cauſam poſſeſſionis mutare; hæc tamen regula fallit quoties nova aliqua cauſa intercedit, quæ efficit ut qualitas poſſeſſionis mutetur, *l. 19. §. 1. hoc tit. l. 33. §. 1. de uſucapionibus l. certe 6. §. Julianus 3. de precario dict. l. 5. Cod. hoc tit.* in quibus injuſta poſſeſſio per ſupervenientem emptionis, aut donationis titulum juſta redditur *l. 6. in principio pro emptore*, ubi efficax ad uſucapionem poſſeſſio per ſubſequens precarium inefficax ad uſucapionem conſtituitur, nec huic doctrinæ opponuntur textus in *l. clam poſſidere 6. in principio l. 40. §. ſervum 2. hoc tit.* in quibus quod ſcriptum eſt, juſtè poſſeſſionem acquiſitam per ſupervenientem malam fidem injuſtam non effici ad uſucapionem ſolum pertinet, quam ab initio rectè captam ſuperveniens poſtea mala fides non interrumpit, ut dixi in *academico de uſucapionibus cap. 2. num.* 21. non ad alios juris effectus, ut conſtat *ex l. ſed ſi 25. §. de eo autem 5. verſic. quod ſi ab initio de hæreditatis petitione*, & cum judicio docet Cujacius *ad Pandectas in dict. l. 6. hoc tit.*

Ex eadem ratione ſi quis rem quam ſtrictè poſſidebat ab alio poſtea conduxerit, hoc ipſo latam ſolum retinet poſſeſſionem, & ſtrictam, quam amittit, in locatorem transfert. *leg. 19. in principio leg. interdum 21. §. ult. hoc tit.* junctis quæ dixi in *cap. 2. num.* 8. ad quam partem referendus eſt textus in *leg. 10. in principio & §. 1. & 2. hoc tit*, ubi qui res precario rogaverit, ut poſſideret, quo caſu partim referendus eſt, ſtrictam poſſeſſionem acquiſivit ex dic- 18

tis r. *cap. num.* 4. cum tribus ſequentibus, & eandem rem poſtea conduxerit à precario diſceſsiſſe dicitur, ideſt per precarium ſtrictam poſſeſſionem acquiſitam amittere, & ad locatorem tranſtuliſſe, hinc facile intelligo textum in *dict. leg.* 21. *in principio hoc tit.* exiſtimabat Cujacius. ad pandectas ait Javolenus quod interdum poſſeſſionem, quam ipſi non habemus, alii tradere poſſumus, veluti ſi is, qui pro hærede rem poſſidebat, antequam per uſucapionem dominus fierer, eam à vero hærede precario rogaverit, quod exemplum ſic explicat Cujacius ſi is qui falſo ſe hæredem eſſe putabat, rem hæreditariam, quam poſſidebat, antè impletam uſucapionem precario à vero hærede rogaverit, non quidem ut poſſideret, ſed ut in poſſeſſione eſſet, ſtrictam poſſeſſionem ſtatim amittit, & in verum hæredem transfert, talem ſcilicet, qualem ipſe non habuit, veram erenim pro hærede poſſeſſionem transfert, cum tamen, ipſe exiſtimo, pro herede *tir.* poſſideret, verum tamen nec hujuſmodi Cujacii interpretatio defendi poteſt, neque enim dicit conſultus quod interdum talem poſſeſſiooem qualem ipſi non habemus, alii tradere non poſſumus, cui rei aptius exemplum illud erit, ſi is, qui pro hærede rem poſſidebar, antequam dominus fieret, precariam ejus poſſeſſionem à vero hærede rogaverit, ita ut ſtricte poſſidear, quo caſu hæres per brevis manus fictionem ſtrictam poſſeſsionem, quam ipſe non habuit in exiſtimatum hæredem ejuſque precario rogantem transfert, qui pro hærede poſſidere deſinit ex veri hæredis gratuita confeſſione precario incipir poſſidere leg. 6. in *proprio pro emptore.*

19 Celebris tamen, & ſummè difficilis quoad hanc juris partem eſt rextus in *leg.* 28. *hoc tit.* quem ideo exponendum ſuſcipio, dubitat Tergulianus an ſi quis rem aliam poſſideat, & eamdem poſtea conducat, ejas poſſeſſionem amittat? & reſponder multum intereſſe quid actum ſit, nam cum poſſeſſio ſolo animo retineri, aur amirti poſſir, nec ex animo ex conductione eliciro retinendæ vel amittendæ poſſeſſionis ratio ſtatuit, quidnam vero actum ſit ex ſequentibus dignoſci conſultus ſcribit. Multum primo intereſt utrum ſciens ſe poſſidere conduxerit, an ſcientiæ poſſeſsionis ignarus. Secundo utrum rem ut ſuam conduxerir, an ut alienam. Tertio, utrum ſciens rem ſuam eſſe proprietatis reſpectu, an vero ſolum poſſeſsionis intuitu conduxerit; priorem duplicem diſtinctionem expreſſè non expedit, poſteriori dumtaxat in fine textus reſpondit. Ut ergo integram ejus mentem apetiamus. Primo, multum refert an aliquis ſciens ſe poſsidere conduxerit, an ſuæ poſſeſsionis ignatus, nam ſi ſciens ſe poſsidere conduxerit, ſtrictam poſſeſsionem amittit, & in locatorem transfert textus ſic intelligendus in *dict. leg.* 19. *in principio dict. leg.* 21. §. *ult. hoc tit.* ſi vero ignorans ſe poſsidere conduxerit, veluri ſi per ſervum, aur filiumfamilias poſſeſsionem peculiari cauſa acquiſierat, per quos etiam ignorantibus ex peculiari cauſa poſſeſsionem acquiri diximus ſequenti *cap.* aut ſuæ poſſeſsionis oblitus erar, poſſeſsionem non amittit, quæ ſemel acquiſita ſine animo amitti non poteſt, qui omnino per errorem excluditur, *leg.* 116. §. *ult. de regulis juris.* Is nempe qui ſe poſsidere ignorat amittendæ aut transferendæ poſſeſsionis, quam apud ſe uoo eſſe putat, animum habere non poteſt argumenro textus in *l.* 19. *de inoff. teſtam.* ut præter antiquiores docent Cujacius & Giphanius in *dict. leg.* 28. Petrus Barboſa in *leg.* 11. *ſoluto matrimonio n.* 99. Secundo Multum intereſt utrum quis rem ut ſuam conduxerit, an ut alienam, ſi rem ſuam alienam eſſe exiſtimans conduxerit, quamvis ſe poſsidere ignoret, non ideo poſſeſsionem amittit, qui rem ideo conduxit, quia locatorem dominum eſſe exiſtimabat, ſanè ſi rem ſuam eſſe ſciverit, non conduxiſſet; amittendæ itaque poſſeſsionis animum habere non creditur argumento textus in *l. non ſolum.* 4. *inſt. de leg.* ſi vero rem ut ſuam conduxerit etſi ſe dominum & poſſeſsorem non ignorans, tertio multum refert, an proprietatis reſpectu, an vero ſolius poſſeſsionis intuitu conduxerit, nam ſi ſolius poſſeſſionis intuitu utilem eſſe locationem, facto argumento à ſimili. Sic Tertulianus evincir, licet regulariter rei propriæ emptio, aut ſtipulatio ſir inutilis *leg.* 82. *de* §. 2. *inſt. de inutil. rei.* tamen propria poſſeſsio jure ab alrero occupata in emptionis, aut ſtipulationis contractum deducitur rectè *leg.* 34. §. 4. *de contrahenda emptione* cum oil commune habeat proprietas cum poſſeſſione *leg.* 12. §. 1. *hoc tit.* & aliud ſit rei pretium, aliud poſſeſſionis *leg.* 3. §. *ult. ff. uti poſſidetis.* Ergo ſimiliter quamvis conductio ad inſtar precarii in re propria conſiſtere non poſſir, *leg.* 40. §. *ult. hoc tit. leg.* 45. *de regula juris.* Valida tamen erit poſſeſſionis intuitu ad inſtar precarii, quod in re propria poſſeſſionis reſpectu utile eſt *leg.* 36. & 28. *hoc tir. leg.* 6. §. *ult. de precario.* Ex eo autem, quod utilis ſit locatio, ſatis colligitur conductorem ſtrictam poſſeſſionem amittere, eamque in locatorem transferre, ipſe incipir conductor locatoris nomine poſsidere, ſtrictè is poſsidet, cujus nominepoſſidet ur. *leg.* 18. *hoc tir.* 20

Si autem altera poſterioris diſtinctionis pars, rem ut ſuam proprietaris reſpectu aliquis conduxerit, quamvis ſe dominum & poſſeſſorem eſſe ſciat, inutilis quidem eſt locationis contractus, ur docet Tertulianus in *dict. leg.* 28. & firmat exemplum depoſiti, quod in re propria etiam inter ſcientes non ſubſiſtit, *leg. qui* 15. *depoſiti*, & emptionis, & venditionis, quæ rei propriæ nulla habita diſtinctione ſcientiæ vel ignorantiæ inutilis eſſe dicitur in *dict. leg.* 16. *de contrahenda emptione.* Cui doctrinæ non obſtat textus in *dict. leg.* 20. *cod. de locato*, ubi ex eo quod dicitur; eum qui rem propriam ignorans conduxit, inefficacem locationis contractum conſtituiſſe rectè infertur inter ſcientes rei propriæ locationem ſubſiſtere, tum quia idem de ſtipulatione aſſeritur in *leg.* 1. §. quæ tamen reſpectu rei propriæ locationem ſubſiſtere etiam inter ſcientes concepta inutilis eſt ut communiter notarunt interpretes in *dict.* §. 2. *inſt. de inutilibus ſtipulationibus.* Quod ideo forſan ſcriptum ſic eſt, quia inter ignorantes, frequenrius quam ioter ſcientes rei propriæ locatio, aur ſtipulatio contrahitur, ſicut & ex eadem ratione in *d. l.* 1. § 9. & in *d.* §. 2. *de inut.* docemur quod liberi hominis, aut cujuſlibet alrerius rei à commercio exemptæ inter ignorantes facta ſtipulatio inutilis eſt, quæ tamen adhuc inrer ſcientes non jure cootrahitur, tum etiam quia licet rei

propriæ locatio inter ſcientes non magis quam ignorantes utilis ſit, illud tamen inter ſcientem, & inter ignorantem conductorem vertitur diſcrimen, quod qui ſciens rem propriam condoxit, mercedem eo nomine præſtitam repetere non poteſt, qui vero ignorans conduxit, ſolutæ ex cauſa mercedis condictionem habet, ut à ſimili probant textus in *leg.* 37. de condictione *indebiti*, tum etiam quia licet rei propriæ locatio inter ſcientes, non magis quam ignorantes valeat *dict. leg.* 16. *de contrahenda emptione*, juncta generali regula textus in *leg.* 53. *de regula juris*, & junctis quæ docent Donellus *tit.* 12. commentariorum *cap.* 20. Cujacius & Antonius Faber in *dictis juribus*, Petrus Faber in *dict. leg.* 45. *de regula juris.* Ex quibus evidenter, ni fallor, infertur, eum qui rem ut ſuam proprietatis reſpectu condocit, quamvis ſe dominum, & poſſeſſorem eſſe ſciat, neque id locator ignoret, neque dominium neque poſſeſſionem amittere, nam dominium amittere conductor non aliter poteſt quam ſi illud in locatorem transtulerit ex ſupra dictis *num.* 16. *circa finem.* Dominium autem acquiſitum locatori non fuiſse illud oſtendir quod alioqin rei in locatoris domitium translatæ utiliseſſet condoctio, quam tamen utilem eſſe diximus. Quo ſolo argumento convincirur contraria plurium antiquorum opinio quam defendit Petrus Barboſa in *dicta leg.* 11. *ſoluto matrimonio num.* 109. qui ex eorum mente contenditi n conductione rei propriæ inter ſcientes contractæ præſumptam donationem contineri, & ejus cauſa dominium in locatorem transfertur, & idem expendit, textum in *leg.* 77. *de vindicatione*, & expendere etiam potuit difficiliorem textum per argumentum à contrario in *leg.* 23. *Cod. de locato.* Verius namque reſpectu rei conductæ nullam donationem præſumi, ut melius ſentiunt Barthol. in *dict. leg.* 28. *hoc tit. num.* 8. Paulus Caſtrenſis *num.* 3. Alexand. *num.* 20. Ripa *num.* 26. & alii relati à Barboſa *ubi nuper num.* 103. ſed ſolum reſpectu mercedis eo nomine præſtitæ cujus conductioni locus non eſt argumento textus in *dict. leg.* 16. *de contrahenda emptione*, nec in contrarium facit textus in *dict. leg.* 77. *de rei vindicatione*; in cujus ſerie expreſſa donario conductionem præceſsit, ex cujus cauſa dominium ſimul cum poſſeſsione in donatarium; eumdemque locatorem transfertur, ut dixi *cap.* 2. *num.* 18. & *num.* 20. & 21. ſed nec magis obſtat textus in *dict. leg.* 23. *cod. de locato* qui eadem interpretatione accipiendus erit qua textus in *dict. leg.* 20. *cod. eodem* ut
21 nuper explicavimus.

Ulterius nec per rei propriæ conductionem inter ſcientes factam poſſeſsionem amitti, ſic efficaciter probatur. Si poſſeſsio à conductore amitteretur, maxime quia ex quo conduxit, non ſibi ſed locatori poſsidere conſtituiſſet, atqui per conductionem ſalſem proprietatis reſpectu locatoris poſsidere conſtituiſſe non intelligitur. Ergo poſseſsionem non amittit, minor probatur, ſi locatori poſsidere conſtituiſſet, poſſeſsionem non modo amiſiſſet, ſed & in locatorem tranſtuliſſet quin conductionis obſiſteret inutilitas, cum poſſeſsionis translatio nullo etiam *tit.* præcedente ſola voluntare cui naturalis acceſſerit inſiſtentia, poſsit experiri *dict. leg.* 1. §. *ſi vir* 4. *hoc tit.* junctis quæ dixi *num.* 6. ſed poſseſsio translata in locatorem non fuit, alias ejus reſpectu utilis deberet eſſe conductio quam inutilem prorſus hactenus eſſe aſſervimus; ergo nec à conductore fuir amiſſa, patet conſequentia quia in præſenti unus idemque animus ad amittendam & transferendā poſseſsionē exigitur, atqui transferendæ poſſeſsionis animus non datur; ergo nec amittendæ, maneat itaque rei propriæ conductionem etiam inter ſcientes proprietaris intuitu contractam inutilem adeo eſſe, ut nec dominii jacturam, nec magis poſſeſsionis amiſſionem inducat, quod idem dicendum eſt, ſi rem ſuam ut ſuam ſimpliciter aliqui conduxerunt, quamvis etenim non expreſſerit ſi proprietatis intuiru conduceret adhuc tamen eum inutilem contractum efficit argumento textus in *leg. debitor* 40. *in principio* & §. 2. *de pignoratitia actione*, *junctis quæ docet* Cujacius *tit.* 3. *reſponſionum* Papiniani *in rationali ad* textum in *dict. leg.* 34. §. 4. *de contrahenda emptione.* Arias de Meſa *lib.* 1. *variarum reſolutionum cap.* 33. *num.* 11. nec enim poſſeſsionem amittit quæ non aliter amittitur, quam ſi intuiru conductionis ſpecialiter contrahatur, ut docet, quamvis non ſatis perſpicuè Conſultus in *dict. leg.* 28. *hoc tit. quidquid* cum aliis defendat Barboſa in *leg.* 11. *matrimonio num.* 111. hæc de amittenda poſſeſsione dicta ſufficerent niſi illud neceſſario admonendum eſſet per interitum rei poſſeſſæ amiſsionem poſſeſsionis contingere, & ea ratione in *dict. leg.* 30. §. *item in fine hoc tit.* poſſeſsionem amitti, ſi id quod aliquis poſsidebat, in aliam ſpeciem translatum ſit, adeo ut ſi ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit, ſi quidem ad priſtinam, & rudem materiam reduci non poſsit, ejus dominium ſimul cum poſſeſsione jure gentium ei qui fecit acquiratur *leg. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *de acquirendo rerum dominio.* §. *cum ex aliena* 25. *inſt. de rerum diviſione.* Ubi communiter DD. quibus addendus eſt Cheſius *lib.* 1. *interpretationum cap.* 30. & 31. Si vero ad priſtinam materiam poſsit reverti, quamvis ejus dominium penes materiæ dominum permaneat ex dictis juribus; poſſeſsio tunc ei, qui fuit dominus, acquiritur, & à materiæ domino amittitur ex defectu facultatis ad rem ipſam accedendi: nec tunc obſtat quod Paulus in *dict. leg.* 30. §. 4. *hoc tit.* de ea loquatur ſpecie, quæ ad priſtinum ſtatum reduci non poteſt, nam ultra interpretes reſpondeo ideo Paulum de ea ſolum ſpecie tractare quæ ad priſtinam materiam reverti non poteſt, quia generaliter ſcribit materiæ poſseſsionē amitti, ubi ex ea ſpecies aliqua facta ſit, ſive à domino ſive ab alio, quod tunc ſolum verum eſſe poteſt, obi ſpecies ad priſtinam mateiram reverti non poteſt, quo caſu materiæ, quæ jam perit poſſeſsionem, quisquis ſpeciem fecerit, ſive is dominus ſit ſive extraneus, neceſſariò debet amittere, non idem de ea ſpecie, quæ ad rudem, & priſtinam materiam reverti poteſt, dicendum eſt quam ſi domini fecerit, materiam poſsidere non deſinit, ut potè quæ non ideo extinguitur, *dict.* §. 25. *inſt. de rerum diviſione.* Si verò extraneus ipſe quidem materiæ poſſeſſionem acqoirit, quam neceſſariò dominus amittit, nonnulli etiam alii amittendæ poſſeſſionis modi ſtant vel remanent in *dict. l.* 23. & 30. *in principio hoc tit.* quæ quia jam ſatis explicavi *in academico de uſucapionibus cap.* 4. *num.* 11. & 12. & *num.* 20. *cum duobus ſequentibus*, nunc exponere ſuperſedro.

Digitized by Google

CAPUT QUINTUM.

De perſonis, per quas poſſeſſio acquiritur, retinetur aut amittitur.

1 Singulos acquirendæ, & retinendæ, amittendæque poſſeſſionis modos percurrimus, jam ad poſtremam noſtræ tractationis partem devenimus, de perſonis, per quas poſſeſſio acquiritur, retinetur, aut amititur; acquiritur autem poſſeſſio non ſolum per noſmetipſos, ſed & per ſervos, aut filiosfamilias quos in poteſtate habemus, *l.* 1. §. *adipiſcimur* 2. & §. *item* 5. *hoc tit. cum aliis pluribus*, in eo tamen diſtat acquiſitio poſſeſſionis ab acquiſitione dominii, aut obligationis, quod cum ſervi aut filiifamilias dominium aut obligationem, invitis & ignorantibus dominis, & parentibus, ex omnibus penè cauſis acquirant, *l.* 32. *de acquirendæ rerum dominio l.* 62. *de verb. oblig.* §. *item nobis* 3. *inſt. per quas perſon. nobis acquir.* poſſeſſionem tamen non niſi ſcientibus acquirunt *l.* 3. §. 12. *l.* 44. §. 1. *v. nam ſi non ex cauſa hoc tit. l.* 2. §. Pomponius 12. *pro emptore*, quia poſſeſſio ſimul & corpore & animo acquiritur, & licet corpore alieno, animo tamen nonniſi proprio acquiri poreſt & debet, ut docet Paulus *tit.* 5. *ſententiarum tit.* 2. *de uſucapionibus in principio & dict. l.* 3. §. 12. *hoc tit.* excepta peculiari cauſa ex qua jure ſingulari receptum eſt, ut ignorantibus etiam dominis & parentibus poſſeſſionem, & quod magis eſt, uſucapiendi conditionem ſervi & filiifamilias acquirant, *dict. l.* 1. §. 5. *dict. l.* 3. §. 12. *dict. l.* 44. §. 1. *hoc tit. l. Labeo* 8. *de uſucapionibus dict. l.* 2. §. 2. §. 11. & 12. *pro emptore*, textus ſic intelligendus, & ad peculiaris cauſæ terminos reſtringendus in *dict. l. ſi ſervo* 28. *de uſucapionibus*, docent Giphanius *dict. l.* 1. §. 5. *hoc tit.* Cujacius *tit.* 23. *quæſtionum Papin. in dict. l.* 44. §. 1. *hoc tit. in l. juſto errore* 44. §. 3. *de uſucapionibus*, Conanus *lib.* 3. *commentariorum cap.* 8. *num.* 9. Donellus *tit. commentariorum cap.* 8. & *ibi* Oſſualdus *littera* O. Valentia *tit.* 1. *illuſtr. tract. cap.* 8. *per totum.*

2 Sed tunc ingens ab omnibus, quos viderim prætermiſſa difficultas occutrit ex eo quod ſervi & filiifamilias non ſolum quiritarium dominium, veluti ex cauſa legati per vindicationem relicti, ſed & bonitarium, quale procul dubio illud eſt, quod per damnationem acquiritur etiam ignorantibus dominis & parentibus acquirunt, *dict.* §. 3. *inſt. per quas perſonas nobis acquiritur*, expreſſus textus in *leg.* 10. *de donationibus*, ubi rei ſervo ita donatæ, ut ſtatim dominus fiat, dominium illico etiam abſenti & ignoranti domino acquiritur, ſed bonitarium dominium acquiri ſine poſſeſſione non poteſt, *l.* 50. *in principio de rei vindicatione*, ut cum judicio fundat Valentia *tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 4. *per totum*, & Oroz *tit.* 4. *de apicibus cap.* 9. *num.* 1. ergo ſervi & filiifamilias qui ignorantibus & invitis dominis, & parentibus bonitarium dominium acquirunt, in neceſſarium antecedens, invitis & ignorantibus extra peculiarem cauſam poſſeſſionem acquirunt. Reſpondendum tamen puto, quod quamvis regulariter dominium donationis cauſa acquiſitum bonitarium ſit, non quiritatium, dominium tamen quod per donationem ſervo, & filiofamilias factam ignorantibus & invitis dominis, & parentibus acquiritur, quiritarium, & non bonitarium, quod ſolâ legis poteſtate acquiritur, hunc inter alios effectum dominicæ & paternæ tribuit poteſtati, ut quidquid ſervi & filiifamilias acquiſierint invitis etiam dominis, & parentibus acquiri, dominium autem ex donationis cauſâ & ignorantibus acquiri ſine poſſeſſione, quæ quidem neceſſaria non eſt ad quiritarii dominii acquiſitionem *dict. l.* 51. §. 1. *de rei vindicatione*, juncto Valentia *dict. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 9. & 10.

Quod diximus per ſervos & filiosfamilias 3
dominis & parentibus poſſeſſionem acquiri, ita procedit, ſi filiorum aut ſervorum conſenſus interceſſerit, alioquin ſi non patri, aut domino, ſed extraneo poſſeſſionem velit acquirere, per eos poſſeſſio non acquiritur, *l.* 1. §. 19. *hoc* argumento textus in *leg.* 6. §. *ult. de acquirenda hæreditate l.* 39. §. 4. *de acquirendo rerum dominio.* Quapropter exigitur, ut per ſervum aut filium poſſeſſio non acquiratur, per impuberem autem poteſt acquiri *l.* 1. §. 10. & 11. *hoc tit.* unde quod dicitur in *leg.* 1. §. 13. pupillum per ſervum ſivè puberem, ſivè impuberem poſſeſſionem acquirere, ſi authore tutore, eum in poſſeſſionem ire juſſerit, ad infantem dominum, aut ſervum debet reſtringi, alioquin pupillus conſilii tamen capax per ſervum licet impuberem conſilii tamen capacem, etiam ſine tutoris authoritate poſſeſſionem acquirit ex regula textus in *dict. l.* 1. §. *furioſus* 13. *l. quamvis* 22. §. *infans* 2. *hoc tit.* Nec tunc obſtat quod per fugitivum ſervum agatur *l. ſi cui* 25. §. 2. *de liberali cauſa l.* 21. §. 14. *in fine l.* 50. §. 1. *hoc tit.* cum nec domini ſcientia, nec ſervi voluntas intercedat, dominus etenim penitus ignorat, quid per fugitivum ſervum agatur, ſervus autem per ipſam fugam ſatis acquirendi nolitatem declarat cum eo conſilio fugerit aut ad dominum non redeat *l.* 17. §. 1. *de ædilitio edicto*; nam huic difficultati reſpondeo extra peculiarem cauſam domino per fugitivum acquiri poſſeſſionem non poſſe, *l.* 15. *de public. leg.* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio l.* 17. §. *ult. de furt.* quia ſcienti ſolum, non ſolum ignoranti domino poſſeſſio acquiritur per fugitivum ſervum, ita domino poſſeſſionem acquirere, ſi ſervi voluntas interceſſerit, textus ſic intelligendus in *dict. l.* 25. §. *ult. de liberali cauſa dict. l.* 50. §. 1. *hoc tit.* cum his quæ latiùs dixi in *academico de uſucapionibus cap.* 4. *num.* 6. & 11. quibus illud nunc adjicio difficillimum quidem eſſe, ut fugitivus ſervus acquirendi domino poſſeſſionem animum habeat, à quo non redeundi propoſito receſſit, aut aufugit, & ea ratione regulariter fugitivus ſervus adhuc ex cauſa peculiari poſſeſſionem domino non acquirere dicitur *l.* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio.* Conſtringere tamen quamvis difficulter poteſt, ut etiam in fuga exiſtens velit domino poſſeſſionem acquirere, mutatâ forſitan voluntate, quæ deambulatoria eſſe dicitur uſque ad ſupremum vitæ exitum in *l.* 4. *de adim. legat.* quod licet non probet textus in *l.* 47. *verſiculo* idem ſcribit *hoc tit.* quem rectè expoſuit Valentia *dict. tract.* 2. *cap.* 10. *num.* 6. probatur

ex textu in *l. arboribus* 12. §. 4. *de uſufructu*, ubi ſervus fugitivus precario , vel fructuario acquirendi animum poiſe habere dicitur : ergò & poterit domino acquirendi animum habere, & tunc ex peculiari cauſa ei etiam ignoranti poſſeſſionem acquirere.

4 Verum nec ex peculiari quidem ratione ſeu cauſâ per ſervos aut filiosſamilias ſcientibus aut neſcientibus dominis aut pareutibus poſſeſſionem acquiri ex eo probari videtur , quod ut ſæpe dixi , poſſeſſionis ſubſtantia in facto tota conſiſtit , ſed ea , quæ ſacti ſunt , domini, aut parentes per ſervos aut filiosſamilias non acquirunt *l.* 44. *de conditionibus & demonſtrationibus l.* 76. *in principio , l. quod dicitur* 130. *l. ult. in principio de verb. oblig. l.* 75. §. *nam* 7. *verſiculo cæterum de ſolutionibus* §. *ſed cum factam* 2. *inſt. de ſtipulatione ſervorum* : ergò per ſervos , aut filiosfamilias dominis aut parentibus acquiri poſſeſſio non poteſt. Accedit quod ſervi , & filiifamilias ſibi poſſidere poſſunt , ur de filiisfamilias probat & loquitur textus in *leg.* 2. §. *ult. pro herede & de ſervis* , circa quos longe major dubitandi rario eſſe propter vulgarem illam rationem poterat , quod eorum omnium , quæ in facto conſiſtunt capaces ſunt ex ſupra dictis juribus , ac proinde , & poſſeſſionis , quæ in facto tota conſiſtir diſerti textus eſſe videntur in *l. quod ſervus* 24. *hoc tit. l.* 4. §. 16. *de uſucapionibus l.* 38. §. *hac quoque* 7. *&* 8. *de verb. oblig.* & ex eo præterea ſuadetur , quod ſi ſervi ſibi poſſidere non poſſint , ignorantibus etiam , & invitis dominis ex quacumque cauſâ poſſeſſionem acquirunt ad inſtar dominii , quod quia acquirere non poſſunt ſibi , invitis etiam & ignorantibus dominis acquirunt : ergò ſervi poſſeſſionem cujus ſunt ipſi câpaces , acquirere dominis non poſſunt. Priori difficultati duplici modo reſponderi facilè valet. 1°. Quod licet poſſeſſio in facto tota conſiſtat , plurimos effectus à jure mutuatur , qurum ratio , nec in filio , nec in ſervo reſidet , ſed ſtatim ad dominum vel patrem pertranſit , ut expreſsè docet Papinianus in *l.* 49. *in principio &* §. 1. *hoc tit.* ad differentiam , eorum quæ nudè in facto conſiſtunt , nec ullum effectum à jure mutuantur, quæ apud filium vel ſervum reſidet , nec ad patrem aut dominum tranſit , denique expreſsè in argumento textus leguntur. 2°. Diſcrimen conſtitui poteſt inter nuda facta , qualia illa dicuntur ex quibus poſtquam factum eſt , nil remanet & tranſeuntia appellant pragmatici , quæ quoties ex teſtantium , aut contrahentium voluntate , in ſervis aur filiisfamilias conferuntur, ad dominum vel patrem non tranſeunt , ut ſupra in dictis juribus & inter nuda facta , ex quibus etiam poſt factum aliquod ſupereſt , quæ permanentia à pragmaticis dicuntur , hæc enim ad dominum vel patrem pertranſeunt , ut eſt videre in poſſeſſione , quæ quia permanentis facti res eſt , & ſemel acquiſita tandiu retinet , quandiu contrario animo non amittitur , per ſervum aut filium patri vel domino acquiritur. Hæc tamen ſecunda ſolutio quam ex aliorum ſententia præſtitit Ramos in manuſcriptis *ad noſtrum tit. cap.* 2. *num.* 8. à priori non omninò diſtat , utramque namque docet , ideò per ſervum aut filium poſſeſſionem acquiri , quia licet in facto conſiſtat , plurima tamen à jure mutuatur , inter quæ eſt illud quod ſemel acquiſita ſolo animo retineatur ad eorum differentiam , quæ in facto ita conſiſtunt , ur nil à jure mutuentur , de quibus ſupra expenſi textus loquuntur.

5 Majorem profectò operam expoſcit ſecunda difficultas quæ in illa controverſia non vacat , utrum ſcilicet filiifamilias ſint poſſidendi capaces , in qua eſt ferè interpretum communis opinio nec ſervos & filios ſuos quidquam poſſidere poſſe , & pluribus conſultorum teſtimoniis firmatur , nam in *dict. l.* 49. §. 1. *hoc tit.* expreſsè aſſerit Papinianus eos qui in aliena poteſtate ſunt , rem peculiarem ideò non poſſe poſſidere , quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed & juris eſt , quod & repetit in *leg.* 44. §. *filius* 4. *de uſucapione* , & Martianus confirmat in *l. filiusfamilias , rurſus in l.* 4. §. 1. *&* §. *ſervus* 4. *& in l. numquam* 31. §. *ſervus* 2. *de uſucapione.* ſervos & filiosfamilias poſſidere nil poſſe generaliter Paulus aſſerit. Tandem in *dict. l.* 34. §. *ult. de acquirendo rerum dominio , dict. l.* 1. §. *ſed &* 6. *in fin. dict. l.* 23. §. 1. *hoc tit. l. nec* 11. *de uſucapionibus l.* 118. *de rebus junctis* , *vulgari regula textus in l.* 21. *ad l. Julianus de adultero* , dicitur , eum , qui ab alio poſſidetur veluti ſervum ſibi poſſidere non poſſe , contrariam autem ſententiam veriorem exiſtimo , quam dixerat Cumanus *in l.* 1. *hoc tit.* Giphanius in *leg.* 3. §. *ex contrario hoc tit. num.* 30. *&* 57. & latè fundat Ramos *in manuſcriptis ad noſtrum tit. cap.* 2. *num.* 74. *cum pluribus ſequentibus* , quia non in omnibus convenit pro præſentis quæſtionis reſolutione. Noto primo ſeu conſtituo ſervos & filiosſamilias res quaſcumque ſivè peculiaris latè poſſidere poſſe , & ſæpè ſi quis de facto poſſideret , ut prævidit Galvanus *de uſufructu cap.* 33. *num.* 6. qui in hoc fallitur , ut poſtea videbimus , quod in his terminis latæ ſcilicet poſſeſſionis intelligitur textus in *dict. l.* 38. §. 7. *&* 8. *de verb. oblig.* quod etenim domini & parentes per ſervos aut filiosfamilias ſtrictè poſſident , hoc ipſum & filiifamilias latè poſſidere dicendi ſunt , nam latè is poſſidet , qui rem alieno nomine detinet , ut *priori cap.* vidimus : ergò ſervi & filiifamilias res ſivè peculiares , ſivè non peculiares quaſi dominorum , & parentum nomine latè poſſident , præcipuè cum lata poſſeſſio tota in facto conſiſtat , ut à jure nullum ſactum mutuetur , ut dixi 1. *cap. num.* 17. ſervi autem & filiifamilias eorum omnium , quæ in facto conſiſtunt , capaces exiſtant *dict. l.* 44. *de conditionibus & demonſtrationibus dict.* §. 2. *de inutilibus ſtipulationibus & aliit ſuper num. adductis.*

6 Secundò conſtanter aſſero ſervos & filiosfamilias non modò latè , ut jam vidimus , ſed & ſtrictè poſſidere poſſe , quod & ſentit, quamvis contrarium explicet laudatus Ramos , dum eos poſſidere ſibi poſſe aſſerit ſtrictè , namque poſſidere nihil eſt aliud , quam ſibi ſeu quod idem eſt, proprio nomine poſſidere. Hæc quidem aſſertio juris ratione probatur , ſtricta poſſeſſio eſt detentio proprio nomine , ſed ſervi & filiifamilias rem aliquam ſuo , non dominorum & parentum nomine detinere poſſunt conſtituere. quod ſcilicet ex naturalis voluntaris facto dependet ; ergò ſtrictè poſſidere poſſunt , rurſus non omnis ſtricta poſſeſſio inurilis eſt , cum aliquando ſtricta poſſeſſio naturalis ſit , non

civilis, ut 1. *cap. num.* 18. fundavi, ſed nil impedit, ſervos & filinsfamilias naturaliter poſſidere, & aliquando ſtricta poſſeſſio naturalis ſit non civilis, ut convincit naturalis obligationis exemplum, cujus & ipſi capaces *l.* 64. *de condictione indebiti*, *l.* 21. §. 2. *l.* 36. §. 1. *de fidejuſſorum*, *cum aliis quam plurimis*: ergò & nihil prohibet, eos ſtrictè poſſidere, integrum diſcurſum probant textus ſatis perſpicui in *dict. l.* 4. §. 16. *de uſucapionibus dict. l.* 2. §. *ult. pro herede dict. l.* 38. §. 7. *&* 8. *de verb. oblig.* quos ſigillatim expendam in *dict.' l.* 38. §. 7. *&* 8. Dicitur ideò ſervum ſibi poſſidere licere, utiliter ſtipulari, quia licet ſervus civili jure poſſidere non poſſit, ad naturalem tamen poſſeſſionem cujus capax eſt, ſtipulando debet referri: ergò ſervus proprio nomine etſi ſtrictè, & quamvis non civiliter, naturaliter poſſidere non prohibetur ex *dict. l.* 2. §. *ult. pro herede.* Conſtat tamen filiumfamilias rem ſibi à patre donatam naturaliter & ſtrictè quamvis injuſtè poſſidere cum eam non patris, ſed proprio nomine detineat: ſimiliter in *dict.* §. 4. §. 16. *de uſucapionibus*; ſervus ancillam, quam ſubſcripſit, ut eam pro libertate domino daret, vitiosè poſſidere dicitur, ac per conſequens ſtrictè, cum proprio nomine eam detineat: ergò ſervi & filiifamilias ſi quidem rem proprio nomine detinent ſtrictè poſſidere dicendi ſunt.

7 Nec pro contraria ſententia, communique opinione prædicti textus refragantur, quod enim aſſeritur in *dict. l.* 49. *hoc tit. dict. l.* 44. §. 4. *de uſucapion. dict. l.* 93. *de reg. jur.* eos qui in aliena poteſtate ſunt poſſidere non poſſe in peculiaribus dumtaxat rebus, de quibus præfati textus loquuntur, procedere arbitratur Ramos *dict. cap.* 2. *num.* 11. quia ideò ſervi & filiifamilias etſi maximè velint, ſibi, ſeu quod idem eſt, ſtrictè poſſidere non poſſunt, quia eo ipſo, quod peculiares ſunt, & tanquam peculiares tenentur, dominorum, & parentum vocatione & nomine intelliguntur poſſidere *dict. l.* 1. §. 5. *hoc tit.* Si verò tamquam non peculiares res quæ in peculio revera ſunt, ſervi & filii poſſidere velint, non etiam poſſunt, non quia poſſidendi ſunt incapaces, ſed dominis & parentibus acquiſitas ſemel earum poſſeſſiones intervertere non valent ex textus regula in *l. Pomponius* 23. *l. rem cum aliis hoc tit.* quæ quidem illuſtriſſimi anteceſſoris ſolutio ex eo diſplicet, quod in prædictis juribus non ſolùm de acquiſitâ, ſed de acquirendâ poſſeſſione tractatur. Servi autem & filiifamilias quamvis acquiſitam ſemel dominis & parentibus quarumlibet rerum ſivè peculiarium, ſivè non peculiarium poſſeſſionem intervertere non poſſint; ſi tamen ex peculiari causâ rem aliquam non quidem à dominis, aut parentibus, ſed ab extraneo proprio nomine acceperunt, eam ſtrictè poſſidebunt procul dubio, cum ipſi ſint poſſidendi capaces, nec dominicam, aut paternam poſſeſſionem intervertant. Dicendum itaque eſt præfatos textus, quatenùs docent, filios & ſervos poſſidere non poſſe, non de naturali, ſed de civili poſſeſſione, cujus incapaces exiſtunt, audiendos eſſe, ut evincit ratio, quam præſtat Papinianus in *dict. l.* 49. §. 1. *hoc tit. ibi*, *quia poſſeſſio non tantum corporis*, *ſed & juris eſt*, quæ verba ad civilem, non ad naturalem poſſeſſionem referenda certum eſt, ut ex eo etiam oſtenditur in *dict. l.* 14. §. 4. *de uſucapionibus*, quæ civilem poſſeſſionem deſiderat, quo etiam ſenſu intelligendus eſt textus in *dict. l.* 93. *de regulis juris.* Eadem ſimiliter interpretatione accipiendi ſunt textus, ut ſuadet Rubrica, ſub qua jacent in *dict. l.* 4. § 1. *&* 4. & in *dict. l.* 31. *de uſucapionibus*, ut hac in parte rectè ſentit Ramos *dict. cap.* 2. *ex num.* 13.

Qua veriſſima ſententia retenta (magis opponitur textus in *dict. l.* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio* §. 16. *in fine cum aliis ſimilibus adductis*, quos commodiori loco explicabimus) difficultati *num.* 4. propoſitæ reſpondendum eſt, 8
quod quamvis ſervi & filiifamilias ſint ſtrictè poſſidendi capaces, non ideò minùs poſſunt dominis, ſeu parentibus poſſeſſionem acquirere, qualem habere ipſi non poſſunt, quia & naturalem adhuc poſſeſſionem cujus ipſi ſunt capaces, dominis & parentibus acquirere prohibentur. Deinde civilem poſſeſſionem tunc acquirunt dominis, aut parentibus, quando rem eorum nomine tenent, ut ex eo mihi evidenter probatur, quia licet ſervi, aut filiifamilias ſibi per fundum ibi agere jure utiliter ſic ſtipulentur, ut ipſi dumtaxat non etiam domini per fundum ire, aut agere prohibere non poſſint *dict.* §. 2. *inſt. de ſtipulatione ſervorum*, ſi tamen dominis, aut parentibus per fundum ire, aut agere, licere ſtipuletur eis eundi, aut agendi factum acquirunt, *dict. l.* 130. *verſiculo contra de verb. oblig.* & ſimiliter quamvis ſic ex genericâ, aut alternativâ causâ ſervi aut filiifamilias electionem ſibi reſervaverint, electio tunc, quia perſonalis & in facto tota conſiſtit ad dominos, & parentes non tranſeat *dict. l.* 56. *in principio l. ult. de verb. oblig.* ſi tamen dominis, aut parentibus eligendi facultatem exceperit, electio quamvis perſonalis ad dominos, vel parentes ſpectat, argumento textus in *l.* 130. & in *l. ult.* §. 7. *de verb. oblig.* ergò quamvis ſervi & filiifamilias naturalem poſſeſſionem ſibi poſſunt acquirere *dict. l.* 38. §. *de verb. oblig.* eam tamen dominis aut parentibus acquirere non prohibentur, cum eo animo non detineant. Dictæ ſolutioni opponi acriter videtur textus in *l.* 24. *hoc tit.* ubi injuſta poſſeſſio ex maleficio ſervo apprehenſa domino non acquiritur, omnis injuſta poſſeſſio naturalis eſt, non civilis, ut dicebam 1. *cap. num.* 14. ergò ſervus naturalem poſſeſſionem domino non acquirit. Cui difficultati reſpondet Ramos, *ubi ſupra num.* 11. naturalem poſſeſſionem regulariter per ſervum domino acquiri, juſtam autem poſſeſſionem per ſervum ex maleficio acquiſitam, ideò acquiri domino non poſſe, quia naturalis ratio, quæ efficit ut alieno corpore poſſeſſio acquiratur, operari non debet, ut dominus propter ſervum malefactum, ſivè malevolum contra naturalem æquitatem fiat locupletior, *l.* 67. §. 4. *de furtis.* Diverſam tamen eſſe cauſam poſſeſſionis exiſtimatæ rei, non furtivæ, aut vi poſſeſſæ, quæ quamvis mala fide apprehendatur, eoque ſenſu vitioſa ſit, injuſta tamen non eſt, quia mala fides ſicuti vitium eſt perſonæ, non rei, *l.* 21. §. 1. *de uſucapionibus*, ita nec propriam poſſeſſionem ipſam injuſtam efficit *l.* 13. *de publiciana l.* 12. §. *pro emptore.* Quapropter concludit, ſervum mala fide apprehen-

Digitized by Google

ſam poſſeſſionem acquirere domino poſſe, & quidem ignoranti ex cauſa peculiari, ſcienti vero extra peculiarem cauſam *leg.* 43. *de uſucapionibus leg.* 2. §. 10. *cum ſequentibus pro emptore*, injuſtam tamen poſſeſſionem, ideſt, ob maleficium aprehenſam ſive ſciente ſive neſciente domino acquirere non poſſe *leg.* 24. *hoc tit.* in qua ideo de ignorante domino diſſerere Javolenus intendit, quia tota quæſtio circa injuſtam poſſeſſionem peculiari nomine apprehenſam vertebatur, ut poſt alios Gilquenius de *præſcriptis* 3. *parte cap.* 13. & Valentia 1. *illuſtr. tract* 21. *cap.* 8. *& tract.* 3. *cap.* 11. *num.* 19. quo caſu ſi injuſta poſſeſſio eſſet, ignoranti etiam domino acquireretur juxta regulam textus in *leg.* 44. §. 1. *hoc tit.*

9 Hæc ſolutio ſuſtinenda non eſt, nam ſervum ſcienti domino injuſtam poſſeſſionem acquirere docent Cujacius & Giphanius in *dict. leg.* 24. *hoc tit.* quorum ſententia quidem ex eo probatur, quod ſi res vi poſſeſſa per ſervum ſit, dominus, qui conſentit, tenetur interdicto, unde vi tanquam ſi ipſe vim feciſſet *leg.* 1. §. *quod agitur leg.* 3. *hoc* §. *& in familia* 11. *de vi & vi armata.* Nam ut contra Giphanium merito arguit dominus Ramos, ubi nuper, hujuſmodi interdictum competit etiam contra eum, qui non poſſidet *leg.* 4. §. 22. *de uſucapionibus dict. leg.* 1. §. 21. *&* §. *ex interdicto* 42. *leg.* 7. *de vi & vi armata.* Ex eo tantum firmatur, quod poſſeſſionis acquiſitio naturali jure peragitur *leg.* 53. de *acquirendo rerum dominio.* Ergo nihil prohibet ſervum ſcienti domino injuſtam poſſeſſionem acquirere, præcipuè eum in ſumma poſſeſſione nil inter juſtam poſſeſſionem, & injuſtam interſit, *leg.* 3. §. *ex contrario* 5. *hoc tit.* neque ideo dominus fiat locupletior, quod per ſervum injuſtam poſſeſſionem acquirat, quæ tanquam omnibus juſtis effectibus deſtituta locupletiorem poſſeſſorem non reddit, imo his actionibus obnoxium conſtituit, quæ adverſus poſſeſſores competunt. Ulterius mala fide apprehenſam poſſeſſionem ſervus ſcienti domino acquirit, *dict. leg.* 2. §. *Celſus* 11. pro emptore, ſed mala fide apprehenſa poſſeſſio injuſta etiam eſt, quidquid dicat laudatus ſæpius præceptor, cui nec faciunt textus in *dict. leg.* 13. *de publiciana & in dict. leg.* 2. §. 1. *pro emptore*, ut ex eorum ſola lectione conſtabit, & latè tradit Oroz *tit.* 1. *de apicibus cap.* 6. *per totum*: Ergo ſervus ſcienti domino injuſtam poſſeſſionem acquirit. Denique hoc ipſum probatur ex difficili textu in contrarium expreſſo in *dict. leg.* 21. *hoc tit.* docet Javolenus id, quod ſervus domino ignorante vi poſſidet, domino non poſſidere, rationem præſtat, quia ſervus domino ignoranti non corporalem poſſeſſionem, ſed juſtam poteſt acquirere, ſicuti id, quod ex peculio ad eum pervenerit, poſſidet, & dominus quoque poſſidere dicitur, quia quod ex juſta cauſa corporaliter à ſervo tenetur, id in peculio ſervi, & peculium, quod ſervus civiliter quidem non poſſidet ſed naturaliter, dominus creditur poſſidere, ex quibus verbis apertè colligitur ſervum peculiares res, quas non proprio nomine ſed domini detinet late poſſidere, & merito, nam ſervus colono, & inquilino, & procuratori æquiparatur *dict. leg.* 3. §. *ſentiret* 12. *dict. leg.* 25. §. 1. *hoc tit. dict. leg.* 1. §. *quod ſervus* 25. *de vi & vi armata*, quos omnes latè poſſidere, & aliquando detentores appellari *priori cap.* diximus, quod idem & in ſervo obtinet quem res peculiares detinere vere & corporaliter Javolenus affirmat, qui in fine textus concludit quidquid à ſervo ex maleficio, apprehenditur, ideo ad domini poſſeſſionem non pertinere, quia nec peculii cauſam apprehendit ex regula textus in *leg.* 4. §. *ex his* 2. *de peculio*: ergo cum juſta poſſeſſio adeo ignoranti domino per ſervum non acquiritur, quia ad peculium non pertinet, ſcienti autem domino & malefico conſcio acquiri poteſt, nam ſcienti extra peculiarem etiam poſſeſſio acquiritur; ſed dices mala fide apprehenſa poſſeſſio etiam juſta eſt, & peculii cauſam obtinet, vel apprehendit, & ignoranti domino debet apprehendi vel acquiri; Reſpondeo mala fide apprehenſam poſſeſſionem tanquam injuſtam ad peculium non pertinere, & ſcienti dumtaxat, non vero ignoranti domino debet acquiri, nec contrarium ex *dict. leg.* 2. §. *cum ſequentibus probari.* Ex quibus ſolum evincitur, quæ peculiari nomine, poſſidentur, bona aut mala fide domino prodeſſe aut nocere, quod longe diverſum eſt, conſulendus Cheſius, *tit.* 2. *interpretationum cap.* 25. *per totum.*

10 Nec per ſervum ſolum & filiosfamilias poſſeſſio nobis acquiritur ſed & per eos, in quibus uſusfructus habemus, & quos bona fide poſſidemus, ſive liberi ſint, ſive alieni ſervi, dum modo acquiſitio ex noſtra re, aut ex eorum operis proveniat, *leg.* 10. §. 3. *&* 4. *leg.* 19. *leg.* 23. *de acquirendo rerum dominio*, *leg.* 1. §. 6. *&* 8. *l.* 49 *in principio hoc tit.* §. *de his* 4. *inſt. per quas perſon. nobis acquiritur*; quam partem ſervandam eſſe, docet elegans differentia, quæ verſatur inter liberum hominem bona fide poſſeſſum, qui bonæ fidei poſſeſſori ex ſupra dictis cauſis poſſeſſionem acquirit, & cum quis juſto aliquo errore dejectus filium ſuum in ſuâ poteſtate exiſtimat per quem nulla ex cauſa poſſeſſio acquiritur leg. 50. *hoc tit. leg.* 44. *de uſucapionibus*, ubi perſpicuam ſatis & efficacem diſcriminis rationem præſtat Papinianus, quam explicat eum claſſicis Cujacius *tit.* 23. *quæſtionum ejuſdem* extra ſuperiores cauſas, eum qui bona fide poſſidetur nec bonæ fidei poſſeſſori, nec ſibi ſi liber eſt, nec vero domino, ſi ſervus eſt, poſſeſſionem acquirere dominum docemur. *leg.* 11. *de regulis juris*, ea ratione adjecta, quia ab alio poſſidetur, & tamen non modo latè ſed ſtrictè poſſidendi capax eſt, ut jam vidimus, tum quia is, qui ab alio bona fide poſſidetur quidquid extra peculiaris rei cauſas acquirit, id dominium jure vel ſibi, vel domino vero acquiſiſſet *dict. leg.* 10. §. 3. *&* 4. *de acquirendo rerum dominio.* Ergo aliena poſſeſſio, ſicuti dominii acquiſitioni non obſiſtit, ſic nec acquiſitionem poſſeſſionis impediet. Accedit, quod extra præfatas duas cauſas non ſibi, vel vero domino acquirit, *dict. leg.* 10. §. 3. *&* 4. *dict.* §. *inſt. per quas perſon. nobis acquiritur.* Ergo idem de diſpoſitione dicendum eſt ſine qua bonitarium dominium non acquiritur, *dict. leg.* 50. *de rei vindicatione.*

11 Priores duas difficultates prævidit dominus Ramos ad *tit. noſtrum dict. cap.* 2. *num.* 11. *cum duobus ſequentibus*, & ut diſſolvat, reſpondet, eum qui ab alio poſſidetur, poſſeſſionem quidem acquirere & retinere, & tamen ſi continuò rem ipſam detineat, ex qua diſtinctionem emi-

ſerit

ſerit poſseſsionem amittere, animus enim qui ad retinendam poſseſsionem ſufficit naturalem ad rem ipſam facultatem ſupponit accedendi, quæ ceſſat in eo qui bona fide poſſidetur, quia per alienam poſſeſſionem impeditur, & liberum hominem ab alio bona fide poſſeſſum, uſucapere ideò noo poſſe *dict. leg.* 54. §. *ult. de acquirenda rerum dominio. leg.* 118. *de regul. juris*, quia uſucapio continuam poſſeſſionem deſiderat, *leg.* 3. *de uſucapionibus* quam habere liber homo bona fide poſſeſſus non poteſt, ſed quia eam nec animo retinet ex defectu naturalis facultatis per alienam poſſeſſionem impeditæ, nec magis rem ipſam continuo detinere poteſt, quod impoſſibile eſt, quo ſenſu quoad effectum ſcilicet uſucapionis liberum hominem bona fide poſſeſſum poſſidere non intelligi, quia ab alio poſſidetur, dicitur in *leg.* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio dict. leg.* 118. *de regul. juris.* Ex quibus explicandus eſt nodus *legis* 1. §. 6. *hoc tit.* quia quatenus aſſetit, eum qui bona fide poſſidetur extra operas ſuas, aut rem bonæ fidei poſſeſſoris, nec ſibi, nec vero domino poſſeſſionem acquirere ad cauſam continuam poſſeſſionis ad uſucapionem requiſitæ reſtringendus eſt; cui quidem ſolutioni quominus conſentiam faciuut ſequentia. Primo, quia naturalis ſacultas accedendi ad rem poſſeſſam in libero homine qui ſuam conditionem ſciat, per alienam poſſeſſionem non impeditur; namque liber homo, qui peregrè profectus eſt, quique liberam ad rem redeundi obtinet facultatem, ſolo animo retinet poſſeſſionem, *dict. leg.* 44. *in principio hoc tit.* ergo liber homo bona fide poſſeſſus dummodo ſuam conditionem ſciat, poſſeſſionem & uſucapiendi conditionem poteſt retinere. Secundo, nam ubi poſſeſſio per ſervum à domino acquiritur, naruralis facultas accedendi ad rem poſſeſſam in ordine ad retiuendam poſſeſſionem, non ſervi, ſed domini perſona deſideratur ut notum eſt: ergo dominus cujus naturalis facultas per alienam ſui poſſeſſionem impediri non poteſt per proprium ſervum ab alio bona fide poſſeſſum extra rem bonæ fidei poſſeſſoris, aut ſervi operas acquiſitam poſſeſſionem ſolo animo retinere, ac per conſequens & uſucapionem poteſt continuare.

12 Hujuſmodi itaque ſolutione rejectâ, & omiſſis quæ tradit Valentia, *dict. lib.* 1. *tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 14. *cum ſequentibus & cap.* 9. *num.* 6. difficultatibus *num.* 1. expreſſis unica ſolutione ſatisfaciam. Moltum intereſſe puto, an is qui bona fide poſsidetur, ſuam conditionem ſciat, an ignoret? ita ut ſi ſuam conditionem ignoret, extra rem bonæ fidei poſseſsoris, aut operas ſuas nec ſibi liber eſt, nec vero domino, ſi alienus ſervus regulariter poſſeſsionem acqoirit, textus ſic intelligendus in *dict. leg.* 1. §. 6. *hoc tit. in fine dict. leg.* 118. *de regul. juris.* Quia poſſeſsio ſine animo non acquiritur, difficillimum autem eſt, ut is qui bona fide poſſidetur, & ſuam conditionem ignoret, ſibi à vero domino acquirendi poſseſsionem habeat animum domino etiam vero ſine poſſeſsione acquirere poſsit, ſi ad legis poteſtatem dominium, quod quiritarium ſemper eſt, in bonitarium, tranſeat, argumento eorum, quæ ſupra *num.* 9. diximus, vel ſaltem dominii acquiſitio in id tempus ſuſpendatur, quo fuerit acquiſita poſſeſsio, exiſtimatque Pichardus in *dict.* §. 4. *inſt. per quas perſonas num* 4. qui ſic intelligit difficilem textum in *leg. ſi ſervus* 21. *de acquirendo rerum dominio.* Si vero is qui bona fide poſsidetur ſuam conditionem ſciat, ſi quidem ſit liber, poſseſsionem profecto acquirere, & ſuo animo retinere, nec minus uſucapere poterat, ſi verò ſervus ſit, ſciente vero domino poſseſsionem & uſucapiendi conditionem acquireret ex *ſuperiori num. dictis.* Hujuſmodi autem diſtinctionis authorem Modeſtinum agnoſco in *dict. leg.* 54. §. *ult. de acquirendo rerum dominio.* Ubi poſtquam vulgarem & generalem illam regulam poſuit, ſcilicet quidquid is qui bona fide poſsidetur, poſſeſsori bonæ fidei non acquirit, id vel ſibi liberum hominem, vel alienum ſervum domino ſuo acquirere, poſſeſsionis cauſam in hæc verba excipit, *excepto quod vix eſt, ut liber homo poſsidendo uſucapere poſſit quia nec poſſidere intelligitur, qui ipſe poſſidetur, ſed nec per ſervum alienum, quem nos bona fide poſsidemus dominus peculiari nomine uſucapere poterit.* In quibus non negat quod ab alio bona fide poſſeſsum poſsidere & uſucapere poſsit, quia eo ſolum caſu poſsidere & uſucapere poſsit, quo ſuam conditionem ſcit, vix autem eſt, ut liber homo ſuam conditionem ſciens ab alio ſe poſsidere patiatur, nec ad libertatem proclamet, ſimiliter nec negat per ſervum ab alio bona fide poſſeſsum poſse verum dominum poſseſsionem & uſucapionem acquirere, ſed ſolum docet ignorantem dominum per ſervum proprium ab alio bona fide poſseſsum adhuc ex cauſa peculiari nec poſsidere, nec uſucapere poſse ex ea forſan ratiooe, quia cum ideo ignorantibus dominis receptum ſit etiam ex peculiari cauſâ per ſervos poſseſsionem acquiri, ne cogerentur domini per momenta ſpecies, & cauſas peculiares inquirere, ut ait Papinianus in *dict. leg.* 44. §. 1. *hoc tit.* & hujus incommodi vitandi cauſa ceſſet in domino, qui ſervum ſuum eſſe, & ab alio poſsideri ignorat, ceſſare etiam debet jus ſingulare quod ignoranti domino ex cauſa peculiari acquiri poſſeſsionem induxit, nec tunc obſtat difficilis textus in *leg. quidquid* 4. *hoc tit.* ubi per filiumfamilias tanquam ſervum ab alio poſseſsum ex peculiari cauſa patri quamvis ignoranti filium in ſua poteſtate eſſe, poſseſsio acquiritur, nam omiſsis, quæ docent Cujacius & Giphanius in *dict. leg.* 4. Cheſius *tit.* 2. *interpretationum cap.* 40. *per totum.* Dicendum eſt quod licet contra filiumfamilias qui ab alio tamquam ſervus poſsidetur, & quem in ſua poteſtate pater eſſe ignorat qui ab alio tanquam ſervus poſsidetur, ceſſat ratio in *leg.* 44. §. 1. *hoc tit.* jure tamen ſingulari propter ſtrictum ſanguinis vinculum ex quo patriæ poteſtatis vis derivatur, inductum eſt, ut per eum patri quamvis ignoranti ex peculiari cauſa poſseſsio acquiratur, quemadmodum infans furioſus & hæreditas jacens ſuperior, quamvis ratio textus in *dict. leg.* 44. §. 4. non habeat locum, poſſunt jure ſingulari ex peculiari cauſa per ſervum poſseſſionem & uſucapiendi conditionem acquirere *dict. leg.* 1. §. 5. *hoc tit. l.* 8. *de uſucap.*

Per procuratorem, aut curatorem poſseſsionem acquiri conſtat ex *leg.* 1. §. 20. *hoc tit. leg.* 2. *leg. quod meo* 18. *leg. communis* 42. §. 1. *leg. poſſeſſio. leg. eum qui* 14. §. *ult. de furtis.* Paulus 15. *ſententiarum tit.* 2. *de uſucapionibus*, §. 1 *leg.* 13

1\. *cod. per quas perſonas nobis acquiritur poſſeſſio*, per liberam quamcumque perſonam poſſit acquiri *dict. l. ea quæ civiliter* 53. *de acquirendo rerum dominio*, & licet animo noſtro non niſi corpore tamen etiam alieno *dict. l.* 3. §. 12. *hoc tit.* Accedit, quod ſi per liberam perſonam noſtro nomine rem aliquam accipientem nobis poſſeſſio non acquiritur, contingeret ut nec liber homo, qui rem accepiſſet, ſtrictè poſſideret, ut potè qui ſibi poſſidendi animum non habuiſſet, neque is etiam, qui non tradidiſſet, ut potè qui in poſſeſſionem ceſſiſſet, quæ ſolo animo amittitur, licet indignus transferatur, *dict. l.* 11. §. 4. *dict. l.* 18. §. 1. *hoc tit.* junctis quæ dixi *præcedenti cap. num.* 6. qua ratione utitur Paulus in *dict. l.* 1. §. 20. *hoc tit.* ut doceat procuratorem domino poſſeſſionem acquiri, hæc tamen doctrina ita procedit, ſi domini ſcientia interveniat, qui licet procuratoris corpore, animo tamen non niſi proprio poſſidere poteſt, & ignorans ex defectu animi poſſeſſionem per procuratorem non acquirit *dict. l.* 53. *de acquirendo rerum dominio*, ſcienti autem quod cauſam acquirendæ poſſeſſionis non eo tempore exigimus, quo procurator rem ipſam acquirit, ſed præcedens qui jam datus ſufficit, quamvis dominus quo tempore procurator poſſeſſionem apprehendit, ignorat, quo ſenſu ignoranti etiam domino per procuratorem poſſeſſionem acquiri dicitur in *l.* 13. *de acquirendo rerum dominio dict. l.* 49. §. *ult. hoc tit. dict. l.* 1. *cod. eodem.* Hinc facile explicatur textus in *l. ſi me* 34. §. *ult. dict. l.* 1. ubi docet Ulpianus ſervum etiam ignoranti domino poſſeſſionem acquirere, & aliorum etiam ſervum licet animo poſſideatur ei cujus nomine rem aliquam acceperit poſſeſſionem, cujus deciſionis pars acquirere, ſi de peculiari causâ intelligatur, ad eum caſum debet reſtringi quo domini juſſus præceſſerit, qui ad inſtar procuratoris quamvis quo tempore ſervus rem ipſam apprehendit, ignoret, poſſeſſionem poteſt acquirere, ut cum Cujacio docet Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *cap.* 8. *num.* 15. Secunda verò pars expeditam illam habet rationem, quod ſervus quamvis non poſſideatur ab eo cujus nomine rem accipit ejus procurator, & propter præcedens mandatum ignoranti etiam cujus nomine rem apprehendit, poſſeſſionem acquirit, ut rectè Giphanius explicat in *l.* 34. §. *ult.*

14 Sed licet procurator ex præcedentis mandati cauſa ignoranti etiam domino poſſeſſionem acquirat, uſucapiendi conditionem nonniſi ſcienti domino acquirit, *dict. l.* 49. §. *ult. hoc tit. l. ſi emptam* 47. *de uſucapionibus dict. l.* 1. *cod. hoc tit.* quod ex eo difficile redditur, quod procurator ignoranti domino poſſeſſionem & dominium ſimul acquirit: ergò & uſucapiendi conditionem: probatur conſequentia, nam quiſquis à vero domino rem recipiens ejus dominium acquirit, ſi eam non domino acceperit, uſucapiendi conditionem conſequitur, *l.* 74. *de contrahenda emptione*: ergò dominus qui etiam ignorans per procuratorem à vero domino rem accipientem debet etiam ignorans uſucapiendi acquirere conditionem. Deinde hoc ipſo, quod jure ſingulari receptum eſt, ut domini, aut parentes & ignorantes per ſervos aut filiosfamilias ex peculiari causâ poſſeſſionem acquirant, inductum etiam eſt, ut per eoſdem ex eadem causâ etiam ignorantes uſucapiendi conditionem acquirant, *dict. l.* 5. §. 1. *hoc tit. cum ſimilibus*: ergò cum utilitatis cauſa receptum ſit, ut ignorans dominus per procuratorem poſſeſſionem acquirat, recipi ſimiliter debet, ut per eumdem etiam ignorans uſucapiendi conditionem acquirat, quibus difficultatibus, ut occurrat Valentia *dict. tit.* 1. *tract.* 2. *l.* 8. Otoz *tit.* 2. *de apicibus cap.* 11. *ex num.* 14. reſpondent, quod poſtquam jure ſingulari receptum, ut per ſervos & filiosfamilias ex peculiari causâ dominis & parentibus, & etiam ignorantibus poſſeſſio acquireretur, jus commune ſatis fuit, ut per eos etiam uſucapio ignorantibus acquiratur. Tamen uſucapio civilis juris eſt, *l.* 1. *de uſucapionibus*, ea autem quæ juris ſunt per eos, qui ſunt in poteſtate ignorantibus, & invitis acquiruntur, *l.* 32. *de acquirendo rerum dom. l.* 62. *de verb. oblig.* licet res ſingulas ignoranti domino acquirat, & per dominium ſi fuerit cum poſſeſſione conjunctum quod miniſterium in ſuis præſtat, quæ naturaliter acquiruntur, *l.* 15. *de conſtit. pecun. dict. l.* 18. *hoc tit.* ea tamen quæ civiliter acquiruntur, veluti dominium & poſſeſſio acquiri domino non poteſt, *dict. l.* 53. *de acquirendo rerum dominio*, & id ſibi Papinianum voluiſſe contendunt in *l.* 49. §. *ult. hoc tit.* ubi poſtquam uſucapionis acquiſitionem per procuratorem ignoranti domino denegavit, rationem adjecit, quæ magis juris civilis eſt, cum nec ſcienti domino per procuratorem acquiratur.

Sed hæc doctiſſimorum virorum ſententia 15 diſplicet ex ſequentibus. Etiam admiſſo jure ſingulari, ut ex peculiari causâ ignorantibus dominis, & parentibus poſſeſſio acquiratur, deficere jus commune non potuit, ut ex eadem cauſa uſucapiendo ignorantibus præcedat, deſiderat enim bonam fidem quæ in ignorante conſiderari non poteſt, ut docet quam optimè Balboa *de præſcriptionibus* 2. *parte principali membro in cap.* 3. *num.* 1. ergò quod ex peculiari causâ ignorantes domini, & parentes uſucapiunt non ex communi, ſed ex ſingulari jure ut conſtat ex *l.* 1. §. 5. *hoc tit.* Rurſus ſicuti uſucapio juris eſt, ſic & dominium, & quemadmodum à vero domino factâ traditione, dominium cum poſſeſſione conjungitur, licet à non domino facta traditione dominium cum poſſeſſione uſucapiendi conditio ipſi poſſeſſioni cohæret, ſed juxta præfatos Interpretes dominium licet juris ſit, quia poſſeſſioni cohæret, debet ignoranti domino per procuratorem acquiri, & tandem ſi uſucapio quia juris eſt ignoranti domino non acquiritur per procuratorem, nam ſcienti utique poteſt exemplo actionis, quæ quia juris eſt, ſcienti non magis quam ignoranti domino per procuratorem acquiritur *dict. l.* 49. §. *ult. hoc tit.* ubi quod de uſucapione dixerat Papinianus, non quidem actionis exemplum confirmat, ſed potiùs inter poſſeſſionem, uſucapionem & actionem illud diſcrimen conſtituit, quod poſſeſſio ignoranti domino per procuratorem acquiritur uſucapio nonniſi ſcienti, actio verò ſcienti non magis, quam ignoranti, cujus differentiæ rationem quoad actionis partem, quæ ad præſens non pertinet, inſtitutum doctè prout ſolet, explicat Olea in noviſſimis, quas in lucem nuper edidit ad ſuum tract. *de ceſſione juris & actionum*

additione tit. 1. *quæſtione* 11. *ex num.* 36. ergò & uſucapiendi conditio licet juris ſit, ſcienti domino ſi per procuratorem acquiratur, & ignoranti utique deberet acquiri, ſi aliter juris ratio etiam ignoranti domino acquiri non impediret.

16 Verior igitur ratio, quæ efficit, ut dominus ignorans per procuratorem poſſeſſionem acquirens non niſi ſciens uſucapiendi conditionem acquirat, ea eſt quam præſtitit Cujacius *lib.* 54. *Pauli ad edictum in l.* 10. *cum ſequenti pro emptore, tit.* 4. *obſervationum cap.* 9. quem cum judicio ſequitur Olea, ubi nuper *num.* 22. ex eoque provenit, quod procuratoris miniſterium domini ſolo animo poſſeſſionem acquirit, qui ſatis ex præcedenti mandato dignoſcitur, quamvis dominus quo tempore procurator rem apprehendat, ignoret, uſucapio verò traditionis tempore bonam fidem non acquirit *l. ſi is qui* 19. §. *ult. de uſucapionibus*, junctis quæ dixi in *accademico de uſucapionibus cap.* 2. *ex num.* 7. quæ in ignorante conſiderari non poteſt: ergò dominus, qui traditionem procuratori factam ignorat, ex defectu bonæ fidei uſucapiendi conditionem non acquirit, quæ præter poſſeſſionem, bonam etiam fidem tempore traditionis deſiderat, in quâ ſuppoſitione procedit regula textus in *dict. l.* 74. *de contrahendâ emptione*, nec in contrarium facit, quod ignorantibus dominis, & parentibus per ſervos & filiosfamilias uſucapio ex peculiari causâ procedit; nam ut huic objectioni in *dict. l.* 47. *de uſucapione*, Paulus reſpondet quod ignorantibus procedat uſucapio in peculiaribus dumtaxat rebus receptum eſt, quod quidem jus, quod tamquam ſingulare ad conſequentias non eſt protrahendum, ad procuratorem extendi non debet ex regula textus in *l.* 14. *de legibus*, ſicuti nec extra peculiarem cauſam ad ſervos & filiosfamilias porrigitur, textus ſic intelligendus, quatenus ad acquirendæ uſucapionis conditionis cauſam ſervo procuratorem ſimilem facit in *l. ſed ſi ego* 10. *de publiciana* juncto Cujacio *dict. tit.* 54. *ad edictum in dict. l.* 2. §. 26. *pro emptore*.

17 Sed contra Cujacium ſic eleganter arguit Valentia *ubi ſupra num.* 20. eodem jure ſingulari, quo ignorantibus dominis, & parentibus ex peculiari causâ poſſeſſio acquiritur, & ignoranti procuratori acquiritur *dict. l.* 1. *hoc tit. eod. cum ſimilibus*: ergò quemadmodum ſingulare jus, quod in peculiaribus rebus circa poſſeſſionem receptum ad procuratorem extenditur, ſic & ſingulare jus contra uſucapionem introductum, debet ad procuratorem extendi. Verum, ut quod ſentio, dicam, tanto præceptore indignam hanc objectionem puto; ſupponit namque ſingulare jus in peculiaribus rebus circa poſſeſſionem acquirendam, receptum, ad procuratorem extendi, quod eſt evidenter falſum. Ex peculiari enim cauſa poſſeſſio ignorantibus acquiritur, etſi nullus juſſus præceſſerit, quin imo & præcedere non potuerit, *dict. l.* 2. §. 7. *hoc tit. dict. l.* 8. *de uſucapionibus*, per procuratorem ita demum ignoranti domino poſſeſſio acquiritur, ſi mandatum præceſſerit, ut dixi *num.* 13. & utilitatis ratio, ob quam in ſuperioribus juribus domino per procuratorem dicitur poſſeſſionem acquiri, generalis illa eſt, quæ per alienum miniſterium acquiri poſſeſſionem induxit, alioquin latior eſſet acquirendæ poſſeſſionis per procoratorem facultas, quam per ſervos & filiosfamilias extra peculiarem cauſam per quos ita demum ſi juſſu præceſſit, poſſeſſio ignorantibus acquiritur, *dict. l.* 34. §. *ult. hoc tit.* quam ſic intelligendam diximus *n.* 13. cum ergò ſingulare jus in peculiaribus rebus circa poſſeſſionem receptum ad procuratorem extenſum non ſit, nec ſingulare etiam jus in eiſdem rebus circa poſſidendi vel uſucapiendi conditionem introductum debet ad procuratorem extendi.

18 Quæ de poſſeſſione per alienum miniſterium acquirenda dixi, ita procedunt, ſi ejus, qui miniſterium præſtat, voluntas interveniat, alioquin ſi ſervi, filiifamilias, aut procuratores non dominis & parentibus, ſed ſibi, vel extraneo velint poſſeſſionem acquirere, dominis aut parentibus per eos poſſeſſio non acquiri *dict. l.* 1. §. 19. *&* 20. *hoc tit.* textus ſic intelligendus in *l.* 59. *de acquirende rerum dominio*, *l.* 2. *cod. de his, qui à non domino manum.* cui doctrinæ adſtipulatur Julianus in *l.* 39. §. 4. *&* §. *ult. de acquirende rerum dominio*, aſſerit in *dict.* §. 4. quod ſi unius ſervus aliquid per traditionem accipiendo, domino, & extraneo ſe accipere dixerit, partem domino acquirit, pro altera vero parte nil agit, docet præterea in *dict.* §. *ult.* quod ſi cum Titius mihi donare velit, juſſerit eum communi ſervo meo, & ſocio tradere, & ſervus ea mente acceperit, ut ſocio totam rem acciperet, ſeu acquireret, nec prorſus agitur, quia circa ſocium traditionis voluntas, & circa dominum ſervi conſenſus deficiunt, quemadmodum etſi procurator rem eo animo traditam, ut domini fieret, ea mente acceperit, ut ſuam fecerit, nil agit, nec domino acquirit, quia non vult, nec ſibi, quia non poteſt ex defectu voluntatis tradentis, & tandem ſi communis ſervus ſuperiori ſpecie retenta ea mente rem acceperit, ut duorum dominorum faceret, pro parte dumtaxat acquiſitio procedit, verum in eiſdem ſervi communis & procuratoris terminis contrarium Ulpianus reſpondet in *l. qui mihi* 13. *de donationibus*. Aſſerit enim, quod inſuper habita ſervi & procuratoris voluntate in domini perſona tota utiliter acquiſitio peragitur. Pluribus tamen ſolutionibus omiſſis, quas cum aliis congerit Cujacius *dict. tit.* 44. *ff. Juliani in dict. l.* 37. §. *ult. de acquirendo rerum domino.* Donellus *tit.* 29. *commentariorum cap.* 40. *& ibi* Oſſualdus *littera O.* Valentia *in epiſtola exercitationum ad Antonium Fabrum in epiſtola* 5. *& exercitatione* 9. *& dict. tit.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 13. *per totum.* Cheſius *tit.* 1. *interpretationum cap.* 32. *per totum.* Olea *in ſupradictis additionibus tit.* 4. *num.* 11. *per totum.* Melius reſpondere exiſtimo cum Domino Retes *de donationibus cap.* 8. *ex num.* 1. qui multum intereſſe docet an ex parte ſervi vel procuratoris detur expreſſa voluntas & reſiſtentia, an vero error dumtaxat interveniat; in terminis expreſſæ domino acquirendæ voluntatis & reſiſtentiæ Juliani procedat ſententia in *dict. l.* 37. §. 4. *& ult. de acquirendo rerum dominio*, ut docent conſulti verba in *dict.* §. 4. *ibi ſi accipere domino & Titio*, & in §. *ult. qui in hac mente acceperit*, quæ expreſſam voluntatem, & reſiſtentiam ſignificant, ſi vero ex parte ſervi, aut procuratoris error

intercedat, veluti ſi procurator mandati forſan oblitus vel alia ratione deceptus, rem tanquam ſibi donatam accipiat, vel communis ſervus cum exiſtimaret, tradentem utrique domino rem donaſſe, eam quaſi utrique acquiſiturus acceperit, erroneam hujuſmodi voluntatem jus dirigit in domini perſonam, cui proſpicere donator voluit, integram acquiſitionem inducens ea ratione, quia ſi ſervus, aut procurator tradentis animum non ignoraſſet domino inſolidum acquirere voluiſſet, & eum caſum in *dict. l. 13. de donationibus*, Ulpianum diſputaſſe colligitur, tum ex illis verbis, *quaſi ſocio, aut ſibi acquiſiturus* quæ non expreſſam repugnantiam, ſed erroneam ſervi aut procuratoris denotant voluntatem, tum ex eo, quod textus in *dict. l. 13. deſumptus eſt ex tit. 7.* diſputat Ulpianus *quæ in l. 34. §. 1. hoc tit.* ſub eadem deſcriprione docet errorem procuratoris in accipienda re domino, qui non erraverit, acquiri poſſeſſionem non impedire.

19 Sed inſtabis, quidquid communis ſervus uni ex dominis acquirere non poteſt, alteri qui capax eſt, inſolidum acquirit *l. 7. §. ult. inſt. eodem*, ſed in ſpecie textus in *dict. l. 37. §. de acquirendo rerum dominio*, res communi ſervo tradita ei ex dominis cui proſpicere donator noluit, acquiri non potuit ex defectu voluntaris donatotis: ergò etiam data expreſſa ſervi voluntate, aut reſiſtentia in alterius domini perſona, cui donator proſpexit, integra debuit acquiſitio radicari, & expendi poſſunt præterea textus in *l. ult. cod. per quas perſonas nobis* & in *§. ult. eodem tit.* in quibus Juſtinianus conſtituit, ot ſi communis ſervus cui unus ex dominis, ut ſuo nomine ſtipularetur juſſit, ejus juſſione contempta alteri qui non juſſerat, ſocio expreſsè fuerit ſtipulatus, ei ſolum, qui juſſit integrum ſtipulationis emolumentum acquirat; ergò in ſpecie textus in *l. 37. §. 4. & ult. de acquirendo rerum dominio*, ſervi communis volunrate, aut reſiſtentia inſuper habita, integrum donationis commodum ad eum ſolum dominum cui proſpicere donator voluit debuit expectari: Reſpondeo regulam textus in *l. 7. §. ult. de ſtipulatione ſervorum cum ſimilibus*, ita procedere, ſi communis ſervus ſimpliciter ſtipuletur, aut ex aliâ causâ id acquirat, quod ad unum ex dominis pertinere non poteſt, data verò repugnantia ex parte ſervi, nec in ejus perſona domini, qui capax eſt, ſeu cui donator proſpexit, acquiſitionem conſtituere juxta Julianum in *dict. l. 37. §. ult.* cui nec ſuperior Juſtiniani conſtitutio refragatur, quæ cum à juris communis regulis deflectat intra terminos de quibus loquitur reſtringi, nec ad alios debet extendi, ita licet hodie ſervus communis ei ſolum domino commodum ſtipulationis acquirat, qui ei ut ſolo nomine ſtipularetur juſſit, quamvis alteri domino, qui non juſſit, nominatim fuerit ſtipulatus, adhuc tamen ſi dominus non communi ſervo, ut acciperet, ſed donatori, ut commoni ſervo rem donatam traderet, juſſerit, non aliter in domini perſona, cui donator proſpexit, integra acquiſitio peragitur, quam ſi ſervi voluntas interveniat, juxta Juliani terminos in *dict. l. 37. §. ult.* ad quos præfata Juſtiniani ſanctio, ut pote contra ſtricti juris rationem favorabiliter emiſſa, temere, extendenda non eſt ex vulgari regula textus in *dict. l. 14. de legibus*.

20 Jam poſtquam de perſonis, per quas acquiritur poſſeſſio late diſſeruimus, partem, quæ ad veterem illam regulam pertinet, quæ per hæreditarium ſervum rerum hæreditariarum acquiri, poſſeſſionem non ſinit. *dict. leg. 1. §. veterum 16. cum duobus ſequentibus leg. qui abſenti 38. §. ult. hoc tit.* conſultò ideo omiſi quia his circa quæ doctè eam tradit Valentia *dict. lib. 1. tract. 2. cap. 12. per totum*, nihil quod adjicerem habui præter ſubtilis. Gofredi locum, qui in *leg edicta 43. de acquirenda hæreditate* ſumma præter morem perſpicuitate rem explicat. Pro capitis & cummentarii complemento de his per quos poſſeſſio retinetur, & amittitur, breviter diſcutiamus; poſſeſſionem igitur retinemus non modo per nos ipſos, & filiosfamilias ſed & per extraneum quemcumque noſtro nomine poſſidentem, veluti per procuratorem, hoſpitem, amicum, colonum, aut inquilinum *leg. 9. leg. ſi id 25. §. 1. hoc tit.* nec tunc obſtant textus in *leg. ei à quo 21. de uſucapionibus.* ubi qui fundum quem poſſidebat, & uſucapere cæperat, domino locavit, eum poſſidere & uſucapere deſinit: hujuſmodi namque doctrina in eo dumtaxat procedit, qui domino fundum locavit, qui ideo poſſeſſionem admittit, quia nec rei propriæ conductio ſubſiſtit, ut dici poſſit locatorem conductorem locatoris nomine poſſidere, nec ei, qui de facto locavit actio aliqua ſupereſt per quam fundum poſſit à domino recipere, & ſic ex defectu facultatis fundi apprehendendi ejus poſſeſſionem amittit, ut recte explicat Donellus *lib. commentariorum cap. 1. num. 15. & 16.*, quod idem ſervatur in ſpecie textus in *leg. 33. §. ſi rem 5. de uſucapionibus.* Pro cujus expoſitione videnda omnia, quæ dixi in *academico de uſucapionibus cap. 1. num. 15.* & 16. aliud ſanè obtinet, ſi quis rem, quam ex pignoris cauſa poſſidebat debitori, eidemque domino locaverit, qui poſſeſſionem ideo retinet. *leg. ſi pignus 37. hoc tit.* quia cum conductio intuitu poſſeſſionis ſubſiſtat debitori, non id agit, ut ſtrictam, ſed ut latam ſolum poſſeſſionem adipiſcatur, ſeu quod idem eſt, ut nomine crediroris poſſideat, cui actio etiam ſupereſt, per quam ſinito conditionis tempore rem recipere poſſit, ſic ferè docet Faber in *rationali.* ad textum in *leg. 37. de pigneratitia actione*,

21 Sed licet non modo per ſervum & filiumfamilias ſed per extraneum quemcumque noſtro nomine poſsidentem poſseſsionem retineamus, illa tamen inter hujuſmodi perſonas quoad retinendæ poſseſsionis cauſam ab interpretibus vulgo non animadverſa, erit obſervanda differentia, ſcilicet quod per ſervos & filiosfamilias retinemus poſseſsionem quamvis ipſi rem poſseſsam ſubripiunt, aut nos viulenter dejiciant, *leg. 15. leg. 40. in principio hoc tit. dict. leg. 33. §. ult. de uſucapionibus.* Tum quia melior conditio noſtra per eos, quos in poteſtate habemus fieri poteſt, deterior non poteſt *leg. 133. de regulis juris:* Tum & principalius quia quandiu res poſseſsa exiſtit apud ſervum aut filiumfamilias ejus apprehendendæ facultas domino ſupereſt ut dixi *c. 3. num. 9.* quam vero per extraneum noſtro nomine poſsidentẽ retinemus ſimul ac is rem ſubripuerit, aut nos violenter expulèrit amittimus ſtatim

l. 3. §. 18. *l.* 20. *h.tit.leg.* 12. *leg.* 18. *de vi & vi armata*, quia per furtum, aut violentam expulſionem aufertur omnino facultas accedendi ad ipſam rem, ſine qua retineri poſseſsio non poteſt; ſed dices, ideo per ſervi & filiifamilias furtum poſseſsio non intervertitur, quia & per hujuſmodi perſonas acquiritur, ut ait conſultus in *dict. leg.* 1. §. *hoc tit.* ſed & per extraneum rem accipientem noſtro nomine poſseſsio ſimiliter acquiritur *dict. leg.* 18. *hoc tit.* ergo nec per ejus etiam furtum intervertitur. Facilè tamen reſpondeo rationem à conſulto præſtitam in *dict. leg.* 18. ſic explicari debere, ut ſcilicet per ſervi, aut filiifamilias furtum poſseſsio non intervertatur, quia & per eos acquiritur, ideſt, quia cum ſervi, aut filiifamilias meliorem non etiam deteriorem dominorum, aut parentum poſſint conditionem efficere, poſſeſſionem quidem acquirere, non etiam intervertere poſſunt, extraneus vero non modo poſſeſſionem acquirit, ſed & per furtum intervertit, etiam ſi apud ipſum res exiſtat, quia veteri poſſeſſori rem ſubreptam apprehendendi facultas non ſupereſt.

22 In eo tamen qui ſunt in poteſtate, & extranei noſtro nomine poſſidentes conveniunt, quod ſi rem alii tradiderint, poſſeſſionem amittunus ſtatim, *leg.* 3. §. 9. juxta vulgatam lectionem *hoc tit. dict. leg.* 33. §. *quæ pignori* 4. *de uſucapioninus*, quæ ita intelligenda eſt. Si traditio ſtrictæ poſſeſſionis transferendæ animo facta ſit, veluti ex venditionis aut donationis cauſa argumento textus in *leg. Pomponius.* 29. *quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur* alioquin, ſi traditio latæ dumtaxat poſſeſſionis transferendæ animo fiat, veluti ſi is qui noſtro nomine poſſidet, rem locaverit, aut depoſuerit, poſſeſſionem adhuc retinemus *dict. leg.* 25. §. 1. *leg.* 30. §. *ult. hoc tit.* argumento textus in *leg.* 19. *verſiculo quamquam*, quibus modis uſusfructus amittitur, nam is cui res locata, aut apud quem depoſita eſt, ejus nomine poſſidet, à quo conduxit, aut in depoſitum accepit per quam ſtrictam poſſeſſionem retinemus. Pro pleniori tamen explicatione textus in *leg.* 30. *de uſucapionibus dict. cap.* 4. *num.* 16. Huic verò doctrinæ quoad primam partem opponitur textus in *leg.* 32. §. 1. *hoc tit.* ubi ſi conductor rem vendiderit, & eamdem ab emptore conduxerit atque utrique mercedes præſtiterit, primus locator poſſeſſionem dicitur retinere cum tamen per locationem poſſeſsio emptori tradita intelligatur ex regula textus in *leg.* 77. *de rei vindicatione.* ſed facile reſpondetur per conductionis actum ſtrictam poſseſſionem, quæ penes conductorem eumdemque venditorem non fuit, in emptorem transferri non potuiſſe, ex his, quæ diximus *cap.* 2. *num.* 19. nec tunc obſiſtit textus, in *dict. leg.* 29. *quibus modis uſusfructus amittitur.* quem ſatis explicat Faber in ejus *rationali*, Cujacius ad pandectas in *dict. leg.* 32. §. 1. Eidem etiam parti refragatur textus in *in leg.* 5. *leg. ult. cod. hoc tit.* in quibus etſi colonus & alius quilibet noſtro nomine poſſidens rem alii vendiderit, poſseſſionem adhuc retinemus & text. in *leg. ult. cod. ſi res aliena pignori. leg.* 17. *cod. de agricolis & cenſitis tit.* 11. in quibus aſſeritur per colonum etiamſi pignori det, & conſequenter poſſeſſionem tradat domini poſseſsioni nullum præjudicium imponit. Verum hæc jura ſi accurate perpendantur ſuperiorem doctrinam non offendunt; textus in *dict. leg.* 5. *cod. hoc tit.* miſſa expoſitione Cujacii & Giphanii ibidem, loquitur de colono, qui cum mala fide intenderet poſſeſsionis cauſam mutare, fundum ab extraneo emit, quem dominum non eſſe ſciebat, atque ità prolapſus eſt ad vitium illicitæ emptionis, quæ venditio appellatur in *dict. leg.* 5. *circa regulam veterem* 19. *de actionibus empti.* in qua ſpecie merito dicitur non potuiſſe colonum ſibi poſseſsionis cauſam mutare, nulla extrinſecè adveniente cauſa juxta textum in *dict. leg.* 33 §. 1. *de uſucapionibus*, nec magis dominii jus per uſucapionem conducere ex tituli, & bonæ fidei defectu, prout cum Accurſio, Bartholo, Caſtrenſi & aliis explicat dominus Ramos in *manuſcripto ad noſtrum tit. cap.* 4. *num.* 29. ibi docet *in dict. leg. ult. cod. hoc tit.* colonum alii poſſeſſionem prodere non idem eſſe quod tradere poſſeſſionem, namque prodere, non eſt in alium transferre, ſed dolo fundum relinquere. & locum aperire ut eum alius ingrediatur quæ res domino præjudicium inferre non debet, & denique quod dicitur in *dict. leg. ult. cod ſi res aliena pignori. & dict. leg.* 17. *cod. de agricolis & cenſitis* per pignorationem & traditionem à colono factam, nullum præjudicium imponi domino poſſeſſionis, nam eo tendit ut dominus poſſeſſionem adhuc retineat, quam per pignorationem amittit, *dict. leg.* 33. §. 4. *de uſucapionibus.* Sed potius ut inutile pignus ſit, quod in re aliena non niſi inutiliter conſtituitur, nec pro coloni debito invito vel ignorante domino poteſt retineri *leg.* 6. *cod. cum eo. leg.* 4. *cod.* de executoribus *tit.* 11. qui eo ſenſu nullum præjudicium experitur, ut rectè Cujacius in *dict. leg. ult. cod. ſi res aliena* quem ſequitur dominus Ramos *ubi nuper num.* 13.

Rurſus, & in eo hi omnes qui noſtro no- 23
mine poſſident conveniunt quod licet fugere ceperint, quinimo licet non poſſidendi animoà fundo diſceſſerint adhuc poſſeſſionem retinemus *leg. eum qui* 31. *de dolo. leg.* 3. §. 8. *verſiculo quod ſi ſervus in dict. leg.* 25. §. 1. *hoc tit.* quia licet alieno corpore, animo tamen poſſidemus non niſi proprio *leg.* 31. *de uſucapionibus* §. 3. *pro emptore. dict. leg. ult. cod. hoc tit.* ergo etiam ejus miniſterio ceſſante qui alieno nomine poſſidebat, ſolo animo poſſeſſio retinetur. Sed tunc graviter Africanus opponitur in *dict. leg.* 40. §. 1. *hoc tit.* ubi per coloni diſceſſum aſſerit poſſeſſionem amitti, quod & Pomponius per argumentum à contrario ſenſu ſignificat in *leg.* 31. *hoc tit.* pro ſolutione tamen, ſi ex bona fide agendum eſt, dici debet, quod cum hujuſmodi quæſtio inter Sabinianos, & Proculeianos olim controverſa fuerit, ut conſtat ex *dict. leg. ult. hoc tit.* extant in *dict. leg.* 3. & 40. §. 1. Sabinorum opinionis veſtigia, quemadmodum & contrariæ ſententiæ quam in *dict. leg. ult.* ut veriorem Juſtinianus complectitur ex Proculo proponitur *dict. leg.* 31. *de dolo.* ſed ut ſcholæ noſtræ genio indulgeamus, quæ antinomias non facilè admittit, verum Juſtiniani dictum efficere contendens in *leg.* 2. §. 15. *de veteri jure enud.* dici poteſt cum Domino Ramos *ubi ſupra num.* 16. Africanum in *dict. leg.* 40. §. 1. inter caſum mortis, &

diſceſſum coloni ſequens diſcrimen conſtituere, per colonum utilitatis cauſa poſſeſſio & acquiritur & retinetur. Utilitatis autem cauſa ratio generalis illa eſt, quæ efficit per alienum miniſterium acquiri, & retineri poſſeſſionem, quapropter decedente colono dominus non ſtatim poſſeſſionem amittit, ſed ubi fundum apprehendere neglexerit ex regulâ textus in *l.* 37. §. 1. *de uſucaptionibus l.* 4. *cod. hoc tit.* aliud verò dicendum eſt, ſi colonus ſpontè poſſeſſione deceſſerit, tunc enim adeò poſſeſſio non interpellatur, ut nec eam dominus negligere videatur, quamvis fundum non occupaverit, quia colonus quamvis ſpontè diſcedens poteſt rèdeundi propoſito poſſeſſionem domino conſervare argumento textus in *dict. l.* 47. *verſiculo videlicet hoc tit.* reſponderi etiam non improbabiliter poteſt ex *dict. l.* 31. *hoc tit.* à contrario ſenſu argumentum deduci non poſſe, ne abſurdum ſequatur, vel aliter ex propriâ obſervatione, & meliùs forſan Pomponium in *dict. l.* 31. ſolum aſſerere, quod ſi colonus non deſerendæ poſſeſſionis animo à fundo diſceſſerit, dominus perpetuò poſſeſſionem retinet, quamvis fundum occupare neglexerit, quia colonus redeundi animo ei poſſeſſionem conſervat, undè illud ſolum à contrario ſenſu poteſt argumentum fieri, ſcilicet quod ſi colonus deſerendæ poſſeſſionis, & non redeundi animo diſceſſerit, dominus, qui coloni animo poſſeſſionem retinere non poteſt, eam eo uſque retinet, donec fundum occupare neglexerit, ut ſic idem obtineat in terminis diſceſſus non redeundi animo facti, quod in caſu mortis coloni *dict. l.* 40. §. 1. Africanus docuerat.

24 Hæc tamen omnia, quæ de non amittenda poſſeſſione per furorem diſceſſum aut mortem ejus qui noſtro nomine poſſidet, diximus, ita procedunt, ſi nemo alius fundum occupaverit, extranei autem occupatione accedente, poſſeſſionem ſtatim amittimus, ut *dict. l.* 40. §. 1. Africanus agnoſcit, quo & pertinet difficilis Papiniani deciſio in *l.* 44. §. *ult. hoc tit.* ubi multum intereſſe ſcribit, per noſmetipſos, aut per alios poſſideamus, ita ut ejus, quod noſtro corpore poſſidemus, vel corpore ſimul & animo, vel ſolo animo poſſeſſionem amittamus, ejus verò, quod alieno corpore poſſidemus, non priùs poſſeſſionem amittamus, quàm eam alius ingreſſus fuerit, quo tamen caſu eam etiam ignorantes amittimus, quam Papiniani ſententiam plures, quos ſequitur Gomez in *l.* 44. *tauri n.* 109. ſic acceperant, quaſi proprio corpore retenta poſſeſſio ſolo animo etiam amittatur, alieno autem corpore retenta ſolo ſcilicet poſſeſſoris animo non amittatur, quandiu alius rei corporaliter inſiſtit, falſo tamen, nec enim plus aliena inſiſtentia operari poteſt, quam propria ut à contrario ſenſu indicat ipſe Papinianus in *dict. l.* 18. *verſic. nec enim de vi & vi armata,* quæ tamen ſine animo ad retinendam poſſeſſionem non ſufficit, *dict. l.* 3. §. 6. *hoc tit.* & cum per ſtricti poſſeſſoris mortem adhuc data naturali inſiſtentia poſſeſſio amittatur, *l.* 30. §. 5. *hoc tit.* utique & per proprium non poſſidendi animum aliena adhuc inſiſtentia perſeverante debet amitti, verius itaque eſt eam Papiniani eſſe mentem in *dict. l.* 44. §. *ult.* prout docet ibidem Cujacius *tit.* 23. *quæſtionum ejuſdem*, ut ſcilicet proprio corpore retenta poſſeſſio, ſolo etiam animo, aut corpore ſimul, & animo ejus qui corporaliter inſiſtit, amittatur, alieno autem corpore retenta nec ſolo animo nec corpore ſimul & animo ejus qui corporaliter inſiſtit, amittatur, quia poſſeſſio adhuc animo retinetur, niſi eam alius fuerit ingreſſus, quo caſu ab ignorante etiam amittitur, dum modo is, qui alieno nomine poſſidebat, per vim expulſus ſit *l.* 1. §. *quod* 22. *de vi & vi armata*, toties enim ignorans quis poſſeſſionem amittit, quoties ei facultas ad rem poſſeſſam accedendi non ſupereſt, ut dixi *cap.* 3. *num.* 12. is verò qui alieno nomine poſſidentem dejecit, eum etiam qui poſſidebat ſtrictè deceſſiſſe intelligitur *dict. l.* 18. *l. ult. de vi & vi armata.* Quapropter ſtrictus poſſeſſor propter defectum facultatis apprehendendæ rei poſſeſſæ, etiam ignorans poſſeſſionem amittit, ut explicat Giphanius in *dict. l.* 40. §. 1. *hoc tit. num.* 8. *&* 9. in quibus dumtaxat terminis intelligi poſſe puto Papiniani ſententiam in *dict. l.* 44. §. *ult.* nam is qui alieno nomine poſſidebat non vi dejectus eſt, ſed ſpontè poſſeſſione diſceſſerit, quamvis fundum alius occupaverit ignotans, is qui ſtrictè poſſidebat, dummodo ad rem poſſeſſam accedendi facultatem habeat, poſſeſſionem adhuc non amittit, quam potius proprio animo retinet, ut in regula textus in *dict. l.* 6. §. 1. *hoc tit.* junctis quæ dixi *cap.* 3. *n.* 9. quibus noſter finitur labor. Utinam in Dei laudem & in veſtram utilitatem cedant.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS XVIII.

De ceſſione Legatorum, vel Fideicommiſſorum, ſive ad titulos Pandectarum, & Codicis.

CAPUT PRIMUM.

Quando dies Legatorum, vel Fideicommiſſorum cedat.

1 CUM legata omnia & fideicommiſſa purè, ex die certâ, vel incertâ, aut ſub conditione relinquantur, *l. 1. de C. & D. in princ.* de eorum ceſſione, & tranſmiſſione ſigillatim ſermonem inſtituemus. Purè itaque datum legatum, quod illud dicitur, cui nec dies aliqua inſeritur, nec conditio adſcribitur, aut extrinſecum cohæret, prout definitur à Pomponio in *d. l. 1. de C. & D.* ſtatim à morte teſtatoris, non expectatâ hæreditatis aditione, & priſco jure ceſſiſſe, & hodie etiam cedere conſtat ex Ulpian. *in fragm. tit. 24. de legat. §. legatorum* 30. & in *l. denique* 8. *§. ult. de pecul. legato*, & in *l. ſi poſt diem 5. §. 1. quando dies legat. cedit*, & in *l. 1. §. 1. in finem*, & in *§. noviſſimo 5. cod. de caduc. toll.* & in *§. peculium 20. inſtit. de legat.* Verùm in limine non levis occurrit difficultas, cedere dies obligationis tunc dicitur, cùm deberi pecunia incipit, non quoad effectum exactionis, ſed quoad vinculum obligationis, *l. cedere diem 213. de verb. ſignif.* ſed implicat rem purè legatam adhuc quoad vinculum obligationis antè aditam hæreditatem legatario deberi; ergò purè relicti legati dies non à morte teſtatoris cedit, ſed ab aditâ hæreditate. Minor probatur, tota obligationis ſubſtantia in eo conſiſtit, ut alius nos obſtringat ad aliquid dandum, vel faciendum, *l. obligat. 3. de oblig. & Act. princ. inſtit. eod. tit.* ſed antè aditam hæreditatem nullus eſt, qui ad legati præſtationem obſtrictus dici poſſit; implicat ergò rem purè legatam adhuc quoad vinculum obligationis antè aditam hæreditatem legatario deberi. Minor probatur; nec hæres inſtitutus prius quàm hæreditatem adierit, legatorum præſtationi obſtringitur, ut notum eſt, nec magis hæreditas ipſa, dum jacet, quæ licèt in jura omnia defuncti ſuccedat, & obligationes omnes tam activas, quàm paſſivas ſuſtineat *l. nihil eſt aliud 24. junct. l. hæreditatis 119. de verb. ſign. cum ſimilib.* legatorum tamen obligationem ſuſtinere non poteſt, ut pote quæ ab hærede incipere dicitur in *l. hæreditarium 40. de oblig. & Act.* & ex illo quaſi contractu reſultat, qui ex aditione hæreditatis proficiſcitur, *l. apud Julianum 3. §. ult. cum leg. ſeq. quib. ex cauſis in poſſeſſ. eat. l. ſi quis 11. §. heres 2. de oblig. & Act. §. heres 5.* docent ſubtiliſſimus Coſta in *cap. ſi pater de teſtam. lib. 6. ſecundâ part. verb. Trebellianica num.* 10. Petr. Barboſa in *l. 1. tertiâ part.* & Donell. *lib. 8. commentar. cap. 36. & lib. 15. cap.* 14. & quia hæreditas jacens cum defuncti vicem ſubeat *l. hæreditas 34. de acquirend. rer. domin* legatariis obſtringi non poteſt, ut potè quibus obſtrictus teſtator non fuerat, ut ad aliam rem conſiderat Petrus Barboſa *ubi nuper num.* 14. ergò ante aditam hæreditatem nullus eſt, qui legati præſtatione obſtrictus dici poſſit, ac proinde purè legati relicti dies non à morte teſtatoris cedit, ſed ab aditâ hæreditate.

Hoc ipſum ex eo confirmatur, quòd dum 2 hæreditas jacet, utrum legatum debendum ſit, incertum eſt, ut docere Ulpianus videtur in *l. 1. §. ult. ut in poſſeſſ. legat.* Et ex eo conſtat, quod tota teſtamenti, & in eo legati relicti validitas pendet ex aditione hæreditatis contra vulgare principium text. in *l. ſi nemo 9. de teſtam. tutel. leg. eam quam 44. C. de fideicommiſſis*; unde legatum tametſi purè relictum ex naturâ rei tacitam illam, ſeu extrinſecam recipit conditionem, ſi ex teſtamento adita fuerit hæreditas, diſerti textus in *l. ſi dies 21. §. 1. l. ſi*

Titio 22. §. 1 *quando dies legat. cedit*, ſed tacitæ, ſeu extrinſecæ conditiones uſquedum exiſtant, diſpoſitionem, cui ex naturâ rei inhærent, ità ſuſpendunt; ut ex eâ nulla interim oriatur obligatio; expreſſus text. io *l. interdum* 73. *in princ. & §. 1. & 2. de verb. oblig.* ergò purè relictum legatum adhuc quoad vinculum obligatioois ante aditam hæreditatem, & ſic ante exiſtentem tacitam eonditionem legatario non debetur, ac per eonſequens dies ejus non à motte teſtatoris, ſed ab editâ hæreditate dicendus eſt cedere.

3 Quia ex hujus difficultatis eoncluſione tota dicendorum ratio derivatur, eam radicitus exquiramus. Et quidem omiſſo Julio Pacio ad tit. *C. quando dies leg. ced.* qui exiſtimat legati diem cedere nihil aliud eſſe, quàm incipere deberi legarum, & ad id, ut in tex. io *l. cum legator. §. ut legator. nom. caveat*, veriorem contrariam ſententiam cenſeo, quam poſt Bartol. *in l. unic. §. 1. C. de caduc. toll. num.* 2. Baldum in *princ. ejuſdem leg. num.* 6. & alios antiquiores tenent Cujae. in *d. l. unic. §. 1. & aliis in locis paſſim obviis.* Duarenus *in l. 3. de legat.* 1. Petrus Barboſa in eâdem *l. 3. num.* 1. Hothomanus *lib.* 4. *obſerv. cap.* 9. Oſſuald. *lib.* 8. *commentar.* Donell. *cap.* 28. *lit. E.* Spino in *ſpeculo teſtamentorum gloſſâ* 8. *principali num.* 14. qui omnes meritò aſſerunt, quod & in aliis partibus juris, eedere diem nihil ſit aliud, quàm incipere deberi pecuniam *d. l.* 213. *de verb. ſignif.* alio tamen ſenſu in præſenti legati dies à morte teſtatoris eedere dicitur, legati namque ceſsio à morte teſtatoris contingens non obligationis otiginem, ut ſatis ex jam dictis convincitur, ſed tranſmiſsionis facultatem ſignificat, quæ præcipuus ceſsionis effectus eſt, *l. ſempronius* 26. *verſic.* movet *de uſufr. legat. l.* 3. *l. ſi poſt diem.* 5. *in princ. quando dies legat. cedit*, id eſt cedit legarum à morte teſtatoris, non ut ſtatim debeatur, ſed ut ad hæredem poſſit tranſmitti, ſi fortè legatarium ante aditam hæreditatem fati munus implere contingat. Nec aliud probat text, qui Julium Pacium decepit in *d. l.* 8. *ut leg. nom. caveat*, qui dum docet, quod ubi legatotum nomine inter ipſos, ità ſatisdatione ſimul ac legatorum dies eeſsit, iiſdem etiam diebus protinus ex ſtipulatione debetur, accipi de eâ eeſsione non poteſt, quæ à morte teſtatoris contingit, eùm in eo caſu præcedat; quo legatorum nomine interpoſitâ ſatisdatione, quam nonniſi poſt aditam hæreditatem ab hærede præſtari certum eſt, *l. 2. ut in poſt legat.* intelligendus itaque potiùs eſt de eeſſione quoad cauſam obligationis, aut exactionis, ut ſenſus ſit, quòd ſi conditionalis legati nomine ſatisdatio præſtetur ſimul ac per exiſtentiam conditionis dies legati ceſſerit, ſtatim etiam ex ſtipulatiooe debeatur, ſi tamen non modò ſub conditione, ſed & in diem relictum ſit legatum, adhùc poſt exiſtentem condicionem, licèt confeſtim debeatur, peti tamen ante diem venientem non poſsit, quia certa dies licèt obligationis ſubſtantiam non differat, ejus executionem ſuſpendit, ut ſubjicit Paulus in *l. non tamen 9. ſed eod. tit. ut leg. nom. caveat*, & latè dixi in Academ. *de die certo tam contract. quàm ultim. volunt. adjecto cap. 1. per totum*,

4 Nunc verò in graviorem longè difficultatem incidimus, nam ſi verum eſt, quod legatum quoad cauſam obligationis non à morte teſtatoris cedit, ſed ab aditâ hæreditate, nec ad hæredem tranſmitti poterit, ſi legatarius ante aditam hæreditatem deceſſerit, nemo quippe plus commodi hæredi ſuo relinquere poteſt, quam ipſe habuit *l. nemo plus* 120. *de reg. jur. junctâ vulgari reg. tex. in l. traditio* 20. *de acquiren. rer. domin. l. nemo plus* 54. *de reg. jur.* ſed hoc ipſo, quod ante aditam hereditatem legati dies quoad cauſam obligationis non cedit, interim dum hæreditas jacet, nullum jus ad rem legatam habet legatarius, ſed fallibilem dumtaxat ſpem ex incerto aditionis hæreditatis eventu pendentem, quam ad tranſmiſsiooem inducendam non ſufficere, conditionalis legati exemplum ſatis evincit, cujus eonſequeodi ſpes etiam poſt aditam hæreditatem ad legatarii hæredem ante exiſtentiam condicionis non tranſmittitur. *d. l. unic. §. ſin autem 7. C. de caduc. cum aliis plurib. ſuo loco referendis, & exponendis*, ergo implicat, quod purè relictum legatum ante aditam hæreditatem poſsit ad hæredem tranſmitti. Hoc idem aſſumptum ſequenti paritate fulcitur, certiſsimum juris eſt principium hæreditatem non aditam, aut nondùm agnitam bonorum poſseſsionem ad hæredes tranſmitti non poſſe *leg. 3. §. acquirere 7. de bonor. poſſeſſ. l. ſi ex plurib. 9. alia cauſa de ſuis, & legit. l. quoniam 7. C. de jur. deliber. d. l. unic. §. in noviſſimo 5. verſ. hæreditatem C. de caduc.* eujus eam veriorem eſſe rationem exiſtimat Anton. Gomez. *variar. cap. 9. num. 2. & 6.* quia ſcilicet hæreditas, aut bonorum poſſeſsio prius quàm adeatur, aut agnoſcatur, in bonis non eſt, *l. pretia rerum 63. verſic. eſt enim abſurdum ad leg. falcidiam*; ergo ex eâdem ratione purè relictum legatum, quod ante aditam hæreditatem in legatarii bonis non eſt, ut pote eujus dies nondum cedit quoad cauſam obligationis, ad ejus hæredem tranſmitti ante aditam hæreditatem non debet. Cui difficultati ut ſatisfaciam, & ſimùl veram, genuinamque ceſsionis legati rationem hactenus ab interpretibus fortaſsis non æquè feliciter traditam, explicem; conſtituo, ſtricto, communique jure inſpecto, legatum tametſi purè relictum ante aditam hæreditatem tranſmitti ad legatarii hæredem non poſſe, quia cùm nondum cedat quoad cauſam obligationis, nec cedere utique quoad tranſmiſsionis cauſam poteſt, ex æquitate tamen ſeu benigno, ſpecialique jure receptum fuiſſe, ut purè relictum legatum, licèt quoad cauſam obligationis ante aditam hæreditatem non cedat, quoad tranſmiſsionis tamen cauſam cedat à morte teſtatoris, quo ſenſu intelligendi ſunt textus, *num.* 1. adducti, & ſi qui ſint alii, quibus purè relicti legati diem cedere à morte teſtatoris docemur. Hujus autem æquitatis, ſeu benigni juris ratio ea eſt, quam præſtant Cujae. *lib. 15. quæſt.* Papin. *in l. 3. de reg.* Caton. & Petrus Barboſa *in d. l. 3. de legat.* 1. *num.* 1. ne ſcilicet hæres aditioni moram faciens legati tranſmiſsionem impediat, nam ſi legatum ante aditam hæreditatem tranſmitti ad hæredem non poſſet, inſtitutus hæres eo conſilio hæreditatis aditionem differret, ut decedentem interim legatarium deciperet, ne itaque fraudulentum hujuſmodi conſilium tranſmiſsionis jacturam ferat legatario, receptum meritò fuit purè relicti

legati

legati diemque ad tranſmiſſionis cauſam à morte teſtatoris cedere, & id Ulpianum ſenſiſſe non obſcurè colligitur ex *l. hæredis 7. in princ. quando dies legat. ced.* dum docet hæredis aditionem legati quidem petitioni moram facere, ceſſioni diei non facere, ideſt hæredem, qui aditionis moram faciet, legati quidem petitionem remorari quod ab aditâ demùm hæreditate peti, præſtarique poteſt, *l. omnia 32. de leg. 2.* ceſsionem verò, & tranſmiſsionem non impedire, ut clariùs ſe explicat idem Ulpian. *in §. 1. ejuſdem leg. 7.* dum ait, quod licet purè inſtitutus hæres tardiùs adeat, legatarius ſecutus eſt, utpote cui inſtituti hæredis mora circa legati ceſsionem, & tranſmiſsionem non præjudicat. Dicet tamen aliquis, præpoſtetum eſſe videtur, ut tranſmiſſio, quæ ceſsionis effectus eſt, ipſius ceſsionis cauſa conſtituatur, prius enim eſt, ut legatum cedat, quàm ut ad hæredem poſsit tranſmitti *d. l. 5. in princ. quando dies legat.* incongtua ergo eſt ceſsionis legati ratio ab effectu tranſmiſſionis deſumpta. Reſpondeo præpoſterum in jure non eſſe, ut tranſmiſsio, quamvis ceſsionis effectus ſit, ipſius ceſſionis cauſa conſtituatur, verum quidem eſt legati ceſsionem tranſmiſsionem ſemper præcedere, ejuſque efficientem cauſam eſſe, nihil tamen prohibet tranſmiſsionem, quæ ceſsionèm ſubſequitur, finalem ejus cauſam conſtitui, finalis namque cauſa, (ut Philoſophorum terminis utar) prior quidem eſt in intentione, poſterior tamen in executione, & legati tranſmiſſio reſpectu ceſſionis poſterior quidem in executione, cum ceſſionem ſubſequatur, prior tamen in intentione cùm in id legatum à morte teſtatoris cedat, ut ad hæredem poſſit tranſmitti, & intranſmiſſibilia legata non à morte teſtatoris cedant, ſed ab aditâ hæreditate, *l. 2. cum ſeq. quando dies legat. ced.* ut latè ſequenti capite dicemus; Quæ doctrina meo judicio elegantiſſimo exemplo poteſt illuſtrari ex Africano deſumpto in *l. ſi ſervus 108. §. cum homo 2. de legat. 1.* ubi ſi homo generaliter legetur, per vindicationem, ſcilicet prout Cujac. ibi *tract. 5. ad Africanum*, & claſſici omnes eum textum accipiunt, electio legatario competere dicitur, quia poteſtas ei eſt, ex qua actione uti velit; vindicationem itaque, quæ electionis reſpectu poſterior eſt in executione, cum eam ſubſequatur, finalem electionis cauſam ſubtiliter Africanus conſtituit, ut pote in intentione priorem, cum in id legatario ſe ligat, ut electum hominem vindicet; Africani igitur exemplo quàm optimè legati tranſmiſſio finalis ejus ceſſionis cauſa conſtituitur, ſeu quod idem eſt ceſsionis legati ratio ab effectu tranſmiſſionis deſumitur.

5 Nec tunc non aditæ hæreditatis, aut nondùm agnitæ bonorum poſſeſſionis exemplum refragatur, nam omiſſâ diſcriminis ratione inter hæreditatem, & legatum, quàm tradit ſpino in *ſpeculo teſtamentorum gloſſa 33. principali num 82.* ſiquidem quæratur, cur legatum poſt aditam hæreditatem etiam nondum agnitam ad hæredem tranſmittatur ad differentiam non aditæ hereditatis, aut nondum agnitæ bonorum poſſeſſionis? facilè reſpondetur legatum poſt ſemel aditam hæreditatem in bonis legatarii jam eſſe, qui etiam ignorans ex aditionis tempore perſonalem ex teſtamento actionem adverſus hæredem acquirit. *l. filiusfamilias 16. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ. l. compater 77. §. ſurdo 3. de legat. 2.* juncto Oroz. *lib. 2. de apicib. c. 11. n. 1.* quam ignorans etiam ad hæredem tranſmit. *tit. l. ult. C. quando dies leg. ced.* ſui hæredis exemplo, qui parenti ipſi jure etiam ignorans hæres exiſtit. *§. ſui autem 3. inſt. de hæred. quæ ab inteſtato deferuntur*, & vel furioſus, vel ignorans paternam hæreditatem ad quemcumque ſucceſſorem transmittit, *. ex milita. 11. §. ult. cum duab. legib. ſeqq. de teſtam. milit. l. de hæreditate 19. §. filiusfamil. 2. de caſtr. pecul.* junctis quæ tradit Valentia. *lib. 3. illuſtr. tract. 3. cap. 2. ex num. 26.* hæreditatem autem, & bonorum poſſeſſionem ante aditionem, aut agnitionem ad hæredem ideò non tranſmitti, quia is, cui hæreditas, vel bonorum poſſeſſio defertur ante agnitionem ſeu aditionem eam in bonis non habet *d. l. 63. ad l. Falcid.* Meritò tamen inquires, cur cum ex legati cauſâ ex teſtamento actio etiam ignoranti legatario quæratur, non etiam hæreditas poteſtate legis ignoranti acquiratur, Reſpondeo ideò ex teſtamento actionem etiam ignoranti legatario acquiri, quòd legatum ſuâ naturâ numquam poteſt eſſe damnoſum, *l. ſi hæreditatem 32. mandati*, & quamdiù agnitum non eſt, quamvis irrevocabiliter acquiſitum repudiari ità poteſt, ut per repudiationem penitus reſolvatur, & perinde habeatur, ac ſi ab initio relictum non fuiſſet *l. proinde 8. de reb. cred. l. 1. §. utrum 6. ſi quid in fraudem Patron.* hæreditatem autem ex contrario nonniſi volenti acquiri, quia damnoſa eſſe poteſt, & quamvis lucroſa hæredem tamen hæreditariis oneribus implicat, *l. 4. ad Trebell. l. neque emere 16. cap. de jur. deliber.* Et quia ſi ignorans aliquis hæres ſemel fuiſſet effectus, expoſt facto deſinere eſſe non poteſt ex vulgari reg. text. in *l. ſi quis ſolvendo 88. de hæred. inſtituen. cum ſimil*, ſic ferè docet Faber *lib. 14. conject. cap. 1.*

Sin autem quæratur, cur cum ex æquitatæ 6 receptum ſit, ut legatum quamvis ante aditam hæreditatem in legatarii bonis non ſit, quoad effectum tranſmiſſionis cedat à morte teſtatoris, eodem ſpeciali jure inductum etiam non fuerit, ut hæreditas, vel bonorum poſſeſſio quamvis ante aditionem, aut agnitionem in bonis adhuc non ſit, ad hæredem poſſit tranſmitti? Forcatulum ſecutus ſubtiliter reſpondet Giphanius in *l. unic. C. de his, qui ante apert. tab. hæred. tranſmit.* quod non eadem æquitatia ratio, quæ à morte teſtatoris legati ceſſionem quoad effectum transmiſsionis inducit in non aditâ hæreditate, aut nondum agnitâ bonorum poſſeſsione verſatur, ideò ſcilicet, ut *num. 3.* diximus, legati diem à morte teſtatoris quoad effectum tranſmiſsionis cedere receptum eſt, ne alioqui fraudulenta ad eundem hæreditatis dilatio legati tranſmiſsionem impediret, & quia imputari legatariis non debet, quod legatum non agnoverit, utpote quod ante aditam hæreditatem agnoſcere etſi maximè velit, non poteſt; textus ſic intelligendus in *l. Julianus 10. de legat. 1. l. optione 16. de optione l. argumento textus in l. ſi ita ſcriptus 45. §. 1. de legat. 2.* docet Goffred. in *l. 5. §. fundum 8. de reb. cor. num. 5.* Is autem, cui hæreditas, vel bonorum poſſeſsio defertur, ex tempore mortis teſtatoris

eam ſtatim adire, ſeu agnoſcere non prohibetur, quòd ſi ante aditionem, vel agnitionem deceſſerit, transmiſſionem propriâ morâ impediſſe dignoſcitur, quam ei nocere æquum eſt, argum. text. in *l. condemnatione* 173. §. *unicuique* 2. *de reg. jur.* Unde & videmus, quòd licèt regulariter non adita hæreditas, aut nondum agnita bonorum poſſeſſio ad hæredem non tranſmittatur, ſi tamen aliquis ob juſtam aliquam cauſam adire hæreditatem non potuerit, & ante aditionem deceſſerit, ad hæredem ex æquitate jus adeundi tranſmittit; cujus rei extant exempla in *l. Patron.* 86. *de ac que heredit. l.* 3. §. *eleganter* 30. *cum leg. ſeq. ad Syllam. l. illud.* 4. §. *fin. cum l. ſeq. de bonorum poſſeſſor. contra tab. leg. ſcriptus* 12. *de carb. edicto l. etſi* 6. §. 1. *l. filius* 42. §. *ult. de bon. libert. l. ſi infanti.* 18. *C. de jure deliber.* quinimò & ex novâ Juſtiniani conſtitutione in *l. cum in antiquioribus* 19. *cod. eod. tit.* quam latè exornat Anton. Gomez. *d. l.* 1. *variar. cap.* 9. *num.* 47. *cum* 3. *ſeqq.* quisquis intra deliberandi tempus ante aditam hæreditatem decedir jus adeundi intra reſiduum tempus ad hæredem tranſmittit, ſimiliter ergo & legatum quamvis ante aditam hæreditatem in legatarii bonis non ſit, ex ſuperiori æquitatis ratione ad ejus hæredem tranſmittituro.

7 Hæc tamen Giphanii ratio tametſi veriſſima, conſeqoenti, & novâ quidem ad rem conſideratione videtut infringi, ſi ideò legatum quoad effectum tranſmiſſionis à morte teſtatoris cederet, ne alioquin fraudulenta adeundæ hæreditatis dilatio ejus tranſmiſſionem impeditet, ſanè quoties adeundæ hæreditatis dilatio non ex inſtituti hæredis conſilio, ſed vel ex naturâ rei, vel ex ipſius teſtatoris voluntate proficiſcitur, legatum non à mortis, ſed ab aditæ hæreditatis tempore cedere debetet, utpote ceſſante illâ æquitatis ratione, quæ ejus ceſſionem à morte teſtatoris ab invitâ jurisprudentiâ extorſit, atqui licet adeundæ hæreditatis dilatio non ex inſtituti hæredis conſilio, ſed vel ex naturâ rei, vel ex ipſius teſtatoris voluntate proveniat, legatum non ab adita hæreditate, ſed à mortis tempore quoad effectum tranſmiſſionis cedit, falſò igitur ſuperiori ratione, propter quam legati diem à morte teſtatoris quoad effectum tranſmiſſionis cedere diximus. Probatur minot; hæres in ſecundis, ſeu pupillaribus tabulis inſtitutus etiam poſt patris obitum, quamdiù pupillos ſuperſtes eſt, ex naturâ rei adire hæreditatē non poteſt, ut pote quæ ante mortem pupilli non defertur. *l.* 2. §. *illud* 20. *de hered. vel act. vendit. juncto princ. inſt. de publ.* 11. *ſubſtit.* Is etiam, qui vulgariter ſubſtitutus eſt, donec inſtitutus repudiet hæreditatem ex naturâ rei, & ſimul ex judicio teſtatoris adire prohibetur, *leg. quamdiu* 69. *de acquir. hered. cum vulg.* Similiter hæres ſub conditione inſtitutus propter teſtatoris voluntatem interim dum pendet conditio adire hæreditatem non poteſt *l.* 10. *qui heres* 13. *junct. leg. is poteſt* 18. *de acquir. hered.* argum. textus in *d. l. ſi ita ſcriptum* 45. §. 1. *de legat.* 2. quamvis interim ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere non prohibeatur, *l. ſi quis* 23. *de hered. inſtit. leg.* 3. §. *ſi ſub ea* 13. *de bon. poſſeſſ. contra tabulas leg.* 2. §. 1. *leg. hi demum* 6. *l. ſi ſervus* 10. *de bon. poſſeſſ. ſecundùm tabulas* Donellus *lib.* 7. *commentar. cap.* 14. & ibi Oſſualdus *litt. L.* Cujacius *lib.* 5. *quæſt. Papian. in l. Paulus* 8. *de Pretoris ſtipulat.* & *lib.* 15. *quæſt. ejuſdem in l.* 1. *de bon. poſſeſſ. furioſ. infant.* & *lib.* 9. *obſerv. cap.* 5. Antonius Gomez *lib.* 1. *variar. c.* 2. *n.* 13. *cum ſeq.* & alii plures, quos refert ejus Additionator Ayllon Laynez *d. cap.* 2. *num.* 19. Et tamen legatum in pupillaribus tabulis purè relictum non modò ante aditam pupilli hæreditatem, verùm & vivo pupillo, ſtatim à maternæ mortis tempore cedit quoad effectum tranſmiſſionis. Expreſſi ſunt textus in *l.* 1. & in *d. l.* 7. §. *tantumdem* 4. *cum ſeq. quando dies legat. ced.* & denique legatum ex teſtamento purè relictum, quo hæres ſub conditione fuit inſtitutus, non expectatâ conditionis exiſtentiâ ſtatim à morte teſtatoris cedit quoad effectum tranſmiſſionis *d. l.* 7. §. 2. *l. cum ſine præfinitione* 19. §. *cum ab eo* 2. *leg. ſi dies* 22. §. *ult. quando dies legat.* ergò & adeundæ hæreditatis dilatio cùm non ex inſtituti hæredis conſilio, ſed vel ex naturâ rei, vel ex ipſius teſtatoris voluntate proveniat, legatum non ab aditâ hæreditate, ſed à mortis tempore quoad effectum tranſmiſſionis cedit, ac per conſequens falſa ſuperior ratio eſt, propter quam legati diem à morte teſtatoris quoad effectum tranſmiſſionis cedere diximus.

8 Huic difficultati, quam Interpretes omnes, quos viderim, alto ſilentio prætermittunt, reſponderi poſſe exiſtimo, quod licèt primaria ratio ceſſionis à morte teſtatoris inductiva ea fuerit, quam cum Giphanio jam tradidimus, poſteà tamen inductum etiam fuit, ut ſivè ad eandem hæreditatem dilatio ex fraudulento inſtituti hæredis conſilio, ſivè ex naturâ rei, aut teſtatoris voluntate proveniat, legati ceſſio à morte teſtatoris quoad effectum transmiſiſſionis contingat, nec hæreditatis aditionem expectet, ut in exemplis in argumento expenſis, ex eâ forſan ratione, quia cùm adita quandocumque hæreditas à mortis teſtatoris tempore adita retrocredatur, *l. heres* 54. *de acquir. hered. l. omnis* 158. *l. omnia* 293. *de reg. jur.* legatum, quod ſtricto jute cedere ante aditam hæreditatem non poterat, futuræ retrotractionis intuitu, & propter hujus fictionis æquitatem à morte teſtatoris tempore, cum quo aditæ quandoque hæreditatis tempus continuatur, quoad effectum tranſmiſſionis perinde cedit, ac ſi jam tunc adita fuiſſet hæreditas; unde & pro tegula traditum eſt illud legatum à morte teſtatoris cedere, & ad legatarii hæredem tranſmitti, quod certum eſt debitum iri, ſi adita fuiſſet hæreditas; ut ex Labeone generaliter defiuit Pomponius in *leg. ſi Titio* 22. §. 1. *quando dies legat. ced.* quibus & ſubſcripſit Paulus in *d. l.* 21. §. *ult. eod. tit.* qui & eò forſan reſpiciens in *d. l.* 40. *de oblig. & Act.* hæreditariarum actionum loco legata haberi reſpondit, quamvis ab hærede incipiat, quaſi dicat, quod ut legata quoad effectum obligationis ante aditam hæreditatem non cedant; quia tamen à teſtatoris mortis tempore quoad tranſmiſſionis effectum ceduut præfatæ retrotractionis intuitu, perinde ac ſi adita jam fuiſſet hæreditas, hæreditariarum actionum loco habentur, cùm non minùs quàm hæreditariæ actiones, quæ contra teſtatorem

competebant,ad hæredem tranſmittantur, quamvis non me lateat alio longè ſenſu Cujac. & alios claſſicos ſuperiorem Pauli ſententiam accepiſſe. Arguet tamen aliquis, ſi inductiva ceſſionis legati ratio ex illâ retrotractione penderet, de quâ in *d. l. 54. de acquir. hæred. cum ſimilib.* non modò quoad tranſmiſſionis, ſed & quoad obligationis effectum legatum à morte teſtatoris cederet, ut jam eo tempore perinde hæreditas habeatur, ac ſi adita jam fuiſſet; ſed adhuc ſtante ſuperiore retrotractione legatum quoad obligationis effectum ante aditam hæreditatem non cedit, ut *num.* 1. fundavi, ex illâ igitur retrotractione inductiva ceſſionis legati ratio non pendet. Rursùs fictio omnis retrotractiva duplex tempus habile requirit, à quo ſcilicet, & quo fit retrotractio, textus ubi communiter docent Interpretes in *§. ult. inſtit. quibus modis non eſt permiſſum fac. teſt.* ſed ubi legatarius ante aditam hæreditatem deceſſit, ex ejus parte deficit habilitas tempore aditionis hæreditatis, à quo retrotractio inducitur: ergò retractiva illa fictio in causâ eſſe non debet ad hoc, ut legatum à morte teſtatoris cedat, & ad hæredem tranſmittatur. Primæ difficultati reſpondeo, quod fictiones eatenus jus noſtrum admittit, quatenus neceſſitas, aut utilitas exigit, ut tradit cum pluribus Valentia *lib. 1. illuſtr. tract. 3. cap. 1. num. 5. & lib. 3. tract. 1. cap. 1. num. 1. cum aliquot ſeqq.* Profectò autem ut legatum à morte teſtatoris cedat, tranſmiſſionis utilitas exigit, quæ nonniſi poſt diem legati cedentem contingit; ut verò à morte teſtatoris legatum quoad obligationis effectum cedat, nec ſuadet utilitas, nec neceſſitas exigit, cum etſi maximè à morte teſtatoris deberi diceretur, illud tamen agnoſcere, & perſequi legatarius antè aditam hæreditatem non poſſet, nihil igitur mirum, quod retrotractivæ illius fictionis intuitus legati ceſſionem à morte teſtatoris quoad tranſmiſſionis dumtaxat, non quoad obligationis inducat. Secundæ difficultati reſpondendum eſt, retrotractivam illam fictionem, de quâ in *d. l. 54. de acquir. hæred.* circà hæreditatem ſolùm, non etiam circa legata verſari, & ejus dumtaxat intuitum, ſivè ſpem efficere, ut quoad tranſmiſſionis effectum legatum cedat à morte teſtatoris, & ſic legatarii habilitatem quoad eundem tranſmiſſionis effectum, non actionis hæreditatis, ſed mortis teſtatoris tempore ſpectari oportere.

9 Maneat itaque, quod ſivè ex inſtituti hæredis conſilio, ſivè ex naturâ rei, aut teſtatoris voluntate hæreditatis aditio differatur, ut in exemplis adductis *num. 6 & in aliis*, quæ ſuis locis exponemus, legatum purè relictum quoad effectum traſmiſſionis ſtatim à morte teſtatoris cedit, quod quidem ſecundùm antiqui juris diſciplinam procedebat, poſt legem autem Papiam purè relicti legati dies non à morte teſtatoris, ſed ab apertis teſtamenti tabulis cedere cœpit. Quod ut penitùs intelligatur, animadvertendum neceſſariò eſt, legem Papiam materiam, & exordium caducorum ab aditionibus hæreditatum ſumpſiſſe, ut Juſtinianus præfatur in *leg. unic. §. 1. cod. de caduc. toll.* & inter alia illud etiam ærarii locupletandi causâ ſtatuiſſe, ut ex parte hæres inſtitutus ante apertas teſtamenti tabulas adire hæreditatem non poſſet, nam quò magis hæreditatis aditio differebatur, eò magis fiſco conſulebatur, cujus juribus hæreditaria portio per mortem hæredis ante apertas tabulas contingere deficiens vindicabatur, ut expreſsè docet Ulpianus in *fragm. tit. 17. de caduc. in princ.* & colligitur ex Juſtiniano in *d. l. unic. §. in noviſſimo 5. cod. de caduc.* nec obſcurè indicat Julianus in *l. multùm intereſt 21. in fine de C. & D.* unde quod apud Cajum *lib. 14. ad leg. Juliam & Papiam, in leg. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1.* Paulum *lib. 5. ad eaſd. leges in leg. cum ſolus 66. & in l. ſi ſolus 80. §. 1. & 2. de acquir. hæred.* & alios conſultos, ex parte hæredes inſtitutos hæreditatem adire potuiſſe paſſim legimus, ita demùm ſecurò procedit, ſi apertas tabulas fuiſſe ſupponatur, & animadvertit Illuſtr. Ramos *lib. 4. ad leges Jul. & Pap. reliq. 35. num. 9.* Hujuſmodi autem legis Papiæ diſpoſitio in hæredibus ex aſſe inſtitutis locum non habuit, qui etiam ante apertas tabulas adire hæreditatem poterant, ut probat textus in *l. 1. §. ult. de jur. & fact. ignor. l. in bonor. 20. de bonor. poſſeſſ. l. 1. §. ſufficit 3. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas*, qui etſi de bonorum poſſeſſione loquatur, ad civilem etiam hæreditas aditionem trahi debet, in quâ idem jus receptum eſſe apparet ex *d. l. 25. de C. & D. d. l. unic. §. 5. de caduc.* & ex Ulpian. *d. tit. 17. ex princip.* quibus juribus evidenter Donelli opinio convincitur, qui in *l. 3. de jur. deliber.* exiſtimabat hæredem ex aſſe inſtitutum hæreditatem quidem ante apertas tabulas propter legem Papiam adire non potuiſſe, bonorum autem poſſeſſionem clauſis etiam tabulis agnoſcere potuiſſe; non prævidens, quod ſi hæres ex aſſe inſtitutus ante apertas tabulas hæreditatem adire lege Papiâ prohibitus fuiſſet, ſimiliter nec ante agnoſcere bonorum poſſeſſionem potuiſſet, tùm quia in legis Papiæ articulis hæreditatis appellatione bonorum quoque poſſeſſio continetur, ut ſcripſit Paulus ſic intelligendus *lib. 4. ad leges Jul. & Pap. in l. hæreditatis 138. de verb. ſignif.* & conducit ab argumento textus juxta ſcriptionem ad caſdem leges referendus in *leg. & fideicommiſſum 87. de legat. 3.* tùm quia ubicumque lex, S. C. aut Principis conſtitutio capere hæreditatem prohibet, Prætor indulgere bonorum poſſeſſionem non poteſt ex generali regulâ textus in *l. non eſt ambigendum 12. §. 1. de bonorum poſſeſſ.* in quo legis nomen ad Juliam, ſeu Papiam referri commodè poſſe docuerunt magni duo Primarii Anteceſſores, & Præceptores D. Retes *lib. 3. de interdict. & releg. excurſu 2. illat. 3. num. 10.* & illuſtr. Ramos *d. l. 4. ad leges Jul. & Pap. reliq. 32. num. 3. cum ſeq.* Poſſet tamen aliquis pro Donello expendere vulgarem textum in *l. item veniunt 20. §. ait Senat. 7. de hæred. petit.* ubi cum interpretaretur Ulpianus priora verba Senatus Conſulti, quod de petitione hæreditatis ſub Adriani tempore factum eſt, ait, ideò in Senatus Conſulto caducarum partium mentionem habitam fuiſſe, quia ſic evenerat, ut caducæ partes fiſco peterentur ex hæreditate ruſtici, quæ anſam præbuit Senatus Conſulto, idem tamen probandum eſſe, etſi hæreditas ex aſſe caduca fiat, atque ita ſignificare videtur legem Papiam etiam in hæreditate ex aſſe locum habuiſſe, & hæredi-

bus etiam ex aſſe inſtitutis antè apertas tabulas hæreditatem adire prohibuiſſe. Verùm rejectâ emendatione Cujacii *lib.* 18. *obſerv. cap.* 14. & in *d. l. unic. §. pro ſecunde* 1. *C. de caduc.* omiſſa etiam improbali ſolutione Antonii Fabri *lib.* 3. *conject. c.* 16. quam amplectitur Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract. cap.* 3. *n.* 8. Meliùs reſpondet D. Ramos *d. lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 19. mentionem hæreditatis ex aſſe caducæ in *d. l.* 20. §. 7. ad legem Juliam Norbanam, aut aliud legis Juliæ caput referri quàm optimè poſſe, ſi ponamus hæredem ex aſſe inſtitutum latinum, cælibemve fuiſſe, & intra centum dies cretionis latinumRomanæ civitatis jura adeptum non fuiſſe, aut cælibem legi non paruiſſe, quibus caſibus tota hæreditas caduca fiebat, & fiſci juribus vindicabatur, ut conſtat ex Ulpiano *in fragm. tit.* 22. *qui hæred. inſtit. poſſ. §. cum quo* 2.

10 Ideò autem hæredem ex aſſe inſtitutum adire hæreditatem clauſis adhùc tabulis potuiſſe, quod tamen hæredi ex parte inſtituto non licebat per legem Papiam, eruditusDoctor Petrus de Ulloa exiſtimavit in *commentar. ad leg. unic. C. de caduc.* §. 1. *num.* 15. quia fiſcus numquam ſua commoda cum apertâ alterius jacturâ captabat, ot ex eo dignoſcitur, quod non modò expreſſa, ſed & tacita, id eſt, verbis teſtatoris ſubintellecta ſubſtitutio tam in legatis, & fideicommiſſis, quàm in hæreditatibus à caducorum compendio fiſcum excludebat *l. Titius* 24. *cum* 2. *ſeqq. de hæred. inſtit. d. l. unic. in princ. verſ. ſe det ipſis C. de caduc.* & cum hærede ex aſſe inſtituto decedente res ad inteſtati cauſam deducatur, & legitimi hæredes non ſolùm ex legis diſpoſitione juxta textum *in leg. obvenire* 130. *de Verb. ſignif.* ſed ex tacito defuncti judicio ad ſucceſſionem admittantur *l. conficiuntur* 8. §. 1. *de jur. Codicill.* textus ſic intelligendus in *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. non potuit fiſcus abſque evidenti eorum jactura hæreditatem vindicare, cumque aperiendarum tabularum dilatio, & hæreditatis interim non adeundæ prohibitio in fiſci gratiam fuiſſent introductæ, ut deficiens medio tempore hæreditaria porio ejus juribus applicaretur, in hærede ex aſſe inſtituto locum non habuerunt, ur pote quo deficiente legitimis hæredibus ſucceſſio deferebatur, quin circa illam jus aliquod prætendere fiſcus poſſet, & ex contrario in hærede ex parte ſcripto, ideò ſuperior urgebat prohibitio, quia ubi plures hæredes ſcripti erant, ex eo quod fiſcus deficientem hæreditariam portionem vindicaret, nulli manifeſtam injuriam irrogabat, non venientibus ab inteſtato, quorum ſocceſſioni etſi fiſcus non admitteretur quamdiù aliquis ex inſtitutis cohæredibus ſupereſt, locus eſſe non poterat juxta vulgares juris regulas *l. quamdiu* 39. *de acquir. hæred. leg. jus noſtrum* 7. *de reg. jur.* oon etiam inſtitutis hæredibus, hi etenim ad deficientem portionem non ex teſtatoris voluntate vocantur *l. ſi duob.* 37. *de teſtam. milit.* ſed propter juris regulam, quæ paganum pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere non ſinit *d. l.* 7. *de reg. jur.* Duarenus *lib.* 1. *de jur. accr. cap.* 2. Cujacius *lib.* 7. *quæſt. Pauli in d. l.* 37. *de teſtam. milit.* Huic autem regulæ lex Papia, ſubſervit, dum fiſcum vice, & loco hæredis ſubſtituit, atque ità ceſſante juris neceſſitate, quæ cohæredem vocabat, & excluſo fiſcus ſuccedebat, & ad deficientem portionem admittebatur.

Quæ quidem differentiæ ratio ex pluribus diſplicet, nam etſi fatear fiſcum numquam ſua commoda cum apertâ ejus, qui à teſtatore expreſſè vocatus eſſet jacturâ captaſſe, conſtat tamen adverſus tacitum defuncti judicium ſæpe 11
hæreditatis, aut legati portionem vindicaſſe, ut ecce, ubi duo, pluresve hæredes ſcripti ſunt conjunctim, ad deficientem portionem non ſolùm legis poteſtate, ſed & tacito judicio teſtatoris ex ipſâ conjunctione deſumpto conjunctus vocatur, ut indicant textus in *l. item quod Sabinus* 17. §. 1. *l. hæredes* 63. *l. ſi ita quis* 66. *de hæred. inſtit.* Et cum pluribus tenet Bellonus, qui ex hoc principio nonnullas illationes deducit, *de jur. accr. cap.* 1. *quæſt.* 2. *num.* 49. *cum ſeq.* Et tamen deficientem ante apertas tabulas conjuncti partem fiſcus vindicabat, excluſo cohærede, qui tacito defuncti judicio vocabatur, ut omnes ſciunr; ſimiliter in legatis jus accreſcendi ex tacito defuncti judicio ex conjunctione elicito derivatur, ut præter inſtitutionum interpretes in §. *ſi eadem res* 8. *inſt. de legat.* docet Bellonus *ubi nuper num.* 48. & tamen ante apertas tabulas, vel ſuperſtite adhùc teſtatore deficientem legati partem, excluſo conjuncto collegatario qui tacitâ teſtatoris voluntare vocabatur, fiſcus vindicabat, ut tradit Ulpianus in *fragm. tit.* 24. *de legat. §. ſi illud duob.* 11. *cum ſeq.* quod tamen in verbali ſolùm aut mixtâ conjunctione procedebat, non in reali tantùm, nam ſi ex re tantùm conjunctis legatariis aliquis defeciſſet, in parte deficienti conjunctus collegatarius, tanquam ad ſolidom ab initio ex apertâ defuncti voluntate vocatus adinſtar ſubſtituti fiſco præferabatur, ut innuit Ulpianus in *d.* §. 11. quod primus tentavit Cujacius *lib.* 24. *obſerv. cap.* 34. & poſt eum firmarunt Bellonus *de jur. accr. cap.* 10. *quæſt.* 8. *num.* 40. & illuſtr. Ramos *d. lib.* 4. *reliq.* 37. *num.* 6. ergo & poterat fiſcus hærede ex aſſe inſtituto ante apertas tabulas decedente, legitimis ſucceſſoribus, licèt tacite defuncti judicio vocarentur, excluſis, hæreditatem vindicare, & tamen in pluribus hæredibus ſivè ſeparatim, ſivè conjunctim ſcriptis lex Papia locum non habuit, & nullus ex parte inſtitutus ante apertas tabulas potuit hæreditatem adire, ut dum generaliter loquitur, probant textus *num.* 8. jam adducti, quærenda igitur alia differentiæ ratio erit.

Sed nec verior meo judicio illa deſcrimi- 12
nis ratio eſt, quam excogitavit Merillus *lib.* 5. *obſerv. cap.* 9. & excogitaſſe etiam videtur noſter Pichardus in *lect. ad tit. ff. de acqu. hæred. cap.* 11. *num.* 12. qui aſſerunt, quod cum is, adit hæreditatem certus eſſe debeat, quemadmodum adeat *l. hæres* 32. §. 1. *l. ſed etſi* 34. §. 1. *de acquir. hæred.* & nonniſi apertis tabolis ſciri facilè poſſit, quotam ex parte debeat hæreditatem adire argum. text *in l. penult. §. ſi tamen* 3. *de bon. libert.* ideò ex parte ſcriptus hæres, quâ ex parte adeat, incertus non eſt, cum velit totam hæreditatem adire, & licèt partem habere deſtinaverit, videtur in aſſem pro hærede geſſiſſe, *l. ſi ex aſſe* 10. *de acqu. hæred.* & ſic clauſis etiam tabolis prohibitus non fuit hæreditatem adire, falſo tamen niritur fundamento, tùm quia clauſis etiam tabulis ſcire quis

Digitized by Google

poteſt, quotâ ex parte ſit inſtitutus, veluti ſi in ſcribendo teſtamento interfuerit, aut ab eo, quiteſtamentum ſcripſit, ejus rei certior factus ſit, & ſanè cum ſe ex parte inſtitutum ſcire poſſit, partem etiam, ex quâ fuit inſtitutus, ſcire poterit, tum quia licèt is, qui adit hæreditatem nonnulla ſcire debeat, de quibus conſulendus Pichardus *ubi ſuprà cap. 9. cum 2. ſeqq.* qui tamen quotâ ex parte inſtitutus eſt, ignorat, adire hæreditatem non prohibetur, diſerti textus in *l. 1. §. ult. leg. illud. 5. §. 1. in fin. ſi pars hæred. pet. l. ſi quis extraneus* 21. §. *ult. de acqu. hæred.* cùm animum habuerit quamcumque partem adeundi, partis ignorantia inutilem aditionem non reddit, ad differentiam erroris in parte hæreditatis, qui ex defectu conſenſus inutilem aditionem conſtituit, textus ſic intelligendus, & cum nuper relatis juribus conciliandus in *l. ex ſemiſſe 75. de acqu. hæred.* ex ſententiâ Cujacii *tract. 1. ad African. in l. cum falſam 46. eod. tit.* quem ſequitur Pichardus *d. cap. 4. num. 9. cum 3. ſeqq.* ergo non ideò ex parte hæres ſcriptus ante apertas tabulas à lege Papiâ adire hæreditatem fuit prohibitus, quia partem, ex qua fuit inſtitutus, ignorat. Rurſus ſi communi jure partis ignorantia inutilem aditionem efficeret, ſupervacua lex Papia fuiſſet cum & ea inſuperhabita hæres ante apertas tabulas, ſi quidem partem, ex quâ eſſet inſtitutus, ignoraret, adire hæreditatem non poſſet. Et expendo tandem julianum (de cujus quoad integram deciſionem expoſitione videndus Cheſius *lib. 1. interpret. cap. 12. per totum*) *in d. l. 21. in fin. de C. D.* ubi docet hæredem ex parte inſtitutum, qui ignorat apertas eſſe tabulas teſtamenti, quæ apertæ reverà ſunt, rectè hæreditatem adire; tùm ſic ſi partis ignorantia ante apertas tabulas inutilem hæreditatis aditionem efficeret, is etiam, qui apertas eſſe tabulas ignoraſſet, non rectè hæreditatem adiret perinde enim partem ignoraſſet, ac ſi apertæ tabulæ nondùm eſſent; ſed juxta julianum ex parte hæres inſtitutus, qui apertas eſſe tabulas ignorat, rectè adit hæreditatem, ergo non ideò ex parte hæres inſtitutus ante apertas tabulas adire hæreditatem non potuit, quod ex quotâ parte hæres inſtitutus eſſet, ignoraſſet. Nec Merillo favet quòd, in nuncupativo teſtamento hæres ex parte inſtitutus, ſtatim mortuo teſtatore adire hæreditatem potuerit, ut ex eo colligitur, quòd conſulti dum de legis Papiæ prohibitione diſſerunt, de hærede ſcripto ex parte loquuntur, ut videre eſt apud Ulpianum *d. tit. 17. de caduc. in prin. & julianum in d. l. 11. in fin. de C. & D.* quaſi aliud ſit in hærede ex parte nuncupato, id namque non ex eo proveniebat, quòd in nuncupativo teſtamento inſtitutus ſtatim quâ ex parte inſtitutus eſſet, ſciret, prout falsò Merillus exiſtimabat; nec ex eo etiam, quod nuncupativa teſtamenta eſſent rariora, ut conjectabatur Giphanius in *d. l. unic. in princ. vers. & cum lex Papia C. de caduc.* ſed ex eo potiùs, quòd nullæ ſunt tabulæ, quarum aperturam ex parte inſtitutum hæredem expectare lex Papia jubere potuiſſet.

13 In re itaque difficili, & antiquâ ſubtiliſſimus alioquin Goffredus in *d. l. in bonor. poſſeſſ. num. 5. cum ſeq.* perſuaſivam aliquam rationem ſomniare opus eſſe aſſerit, quam ex eo ſolùm deducit, quod in ſolidum inſtituto tanquam plus juris habenti laxior adeundæ hæreditatis facultas tribui debuit, quàm ex parte inſtituto utpote minus jus habenti, veritatem tetigiſſe mihi videtur ingenioſus Santolaria *unico verbo interpretat. 9. §. 3. num. 8. circa fin*, dum dixit ideò hæredem ex aſſe inſtitutum ante apertas tabulas adire hæreditatem potuiſſe, quia lex Papia noluit legitimam ſucceſſionem excludere. Quam quidem rationem ſic illuſtrandam, & exponendam exiſtimo: in ſucceſſionibus abinteſtato lex papia locum non habuit, utpote in quibus nec dies erant, qui inſtitutis ſolùm hæredibus tribuebantur, ut Ulpianus *in fragm.* definit. *dict. tit. 12. §. cretionis* 26. nec tabularum apertura; cùm non priùs ab inteſtato hæreditas deferatur, quàm teſtamenti tabulas aut non extare, vel nullius momenti fuiſſe conſtiterit. *l. 1. & per tot. tit. ſi tab teſtam. null. ext. cumque ſpecies* omnes caducorum vel intra cretionis tempus, veluti in cœlibe, Orbo, aut latino, vel intra tabularum aperturam, ut in aliis terminarentur, in hæreditatibus ab inteſtato locus eſſe non potuit, ut conſtat ex Ulpiano *in fragm. tit. 26. de legit. hæred. §. ſi plures* 4. & ex Paulo *lib. 4. ſentent. tit. 8. de inteſt. ſucceſſor. §. ult.* & probant in ſuper perplures alii textus, quibus poſt Cujacium, Merillum, & Bellonum hoc principium adſtruit D. Ramos *dict. lib. 4. reliq. 37. num. 3. cum ſeq.* Accedit, quòd lex papia quemadmodum liberis, parentibus, aut cognatis intra ſecundum gradum hæredibus inſtitutis jugum ſuum imponere erubuit, ut Juſtinianus loquitur in *d. l. unic. in princ. verſ. & cum lex. C. de caduc.* & ex eleganti Papiniani deciſione in *l. dotem 16. §. 1. de caſtren. pec.* Expreſſiſque autoritatibus Nicephori Calixti *lib. 7. hiſtor. Eccleſ. cap. 46. & Sozomeni lib. 1. Eccleſ. hiſtor. cap. 9.* firmavit D. Ramos *d. l. 4. reliq. 33. num. 16. cum ſeq.* ſic nec ex hæreditatibus ab inteſtato, quæ ſuitatis, agnationis, aut cognationis jure deferuntur, fiſco lucrum aliquod ſperare permiſit, quia ut eleganter aiebat Plinius in panegyrico ad Trajanum de re non diſſimili loquens, ſcilicet de lege juliâ de viceſimâ hæreditatum, manifeſtum erat quanto cum dolore laturi: ſeù potiùs non laturi homines eſſent, deſtringi aliquid, & abradi bonis, quæ ſanguine, gentilitate, ſacrorum denique ſocietate meruiſſent. Hinc licèt fiſcus ſœpe deficientem hæreditatis, aut legati partem adverſus tacitum defuncti judicium vindicaret, ut dixi *num.* 10. legitimos tamen ab inteſtato ſucceſſores, licèt tacito, non expreſſo defuncti judicio vocatos, quia ſanguinis, aut agnationis jure nituntur, excludere auſus non eſt, & cum hærede ex aſſe inſtituto deficiente ab inteſtato hæreditas deferatur, fruſtà lex Papia, quæ tota in fiſci compendium lara fuit, ex aſſe inſtitutum hæredem ante apertas tabulas adire hæreditatem prohibuiſſet, ut pote quo deficiente hæreditatem fiſcus vindicare non poterat, ex contrario autem ex parte ſcriptum hæredem ante apertas tabulas adire hæreditatem prohibuit, ut deficiens interim hæreditatis portio non cohæredi, qui vel ſolâ legis poteſtate vel tacito ſimul teſtatoris judicio nitebatur, accreſceret, ſed fiſci juribus vindi-

caretur. Inde eriam falſam cenſco, quam improbabilem ideò dixi *num.* 8. Antonii Fabri opinionem, qui *lib.* 3. *conject. cap.* 16. pro explicatione textus in *d. l.* 20. §. 7. *de hæred petit.* contendit, quòd ſi plures erant ex partibus hæredes ſcripti, & omnes ante apertas tabulas deceſſiſſent, lege Papiâ tota hæreditas caduca fiebat, quia cum primo ante apertas tabulas deficiente, ejus portio acquireretur fiſco, etiam noviſſimi decedentis portio debuit ad fiſcum pervenire, cùm portio portioni, veluti alluvio fundo accreſcat, verius namque exiſtimo fiſcum, nondum confirmato teſtamento per aditionem alicujus ex ſcriptis hæredibus admitti ad deficientem portionem non potuiſſe, & omnibus ex partibus hæredibus ſcriptis deficientibus, numquam hæreditatem vindicaſſe, utpote quæ legitimis ab inteſtato ſucceſſionibus defertur, quos fiſcus numquam excluſiſſe jam diximus.

14 Quibus animadverſis, licèt hæres ex parte ſcriptus lege Papiâ ante apertas tabulas adire hæreditatem non poſſet, adhuc tamen legata eo teſtamento relicta, quò plures erant hæredes ex partibus inſtituti, non expectatâ tabularum aperturà à morte teſtatoris cedebant, quia adeundæ hæreditatis dilatio, quamvis non ex inſtituti hæredis arbitrio, ſed ex legis diſpoſitione proveniat, legatorum ceſſionem non remoratur, ut dixi *num.* 7. donec ſenatûs conſulta, quæ ad pleroſque legis Papiæ nodos diſſolvendos fuerunt introducta, non à morte teſtatoris, ſed ab apertura tabularum diem cedere legatorum conſtituerunt, ut Juſtinianus teſtatur in *d. l. un.* §. 1. *C. de caduc.* Ut quod in medio deficeret, caducum fieret, ideſt, ut ſi legatarius ante apertas tabulas deceſſiſſet, aut Peregrinus factus eſſet, legatum fiſco vindicaretur. Ulpianus *in fragm. tit.* 17. *de caduc. in princ.* Nec tunc obſtat, quod idem Ulpianus *d. tit.* 24. *de legat.* §. *legator.* 30. hoc jus de ceſſione legatorum ab aperturâ tabularum, non ſenatûs conſultis ad legem Papiam factis, ſed ipſi legi Papiæ adſcribat, nam licèt hoc fundamento ductus Cujacius in *d. l. un.* §. 1. *C. de cadne.* & alii eum ſequentes contra expreſſam Juſtiniani aſſertionem hoc jus ab ipſâ lege Papiâ ſtatutum fuiſſe crediderint, facilè reſpondetur, quòd cum ſenatus conſulta ad legem Papiam facta ejus veluti quædam eſſent appendices, quicquid ipſa conſtituebant, legi Papiæ adcribi ſolebat, ut docet Hothomanus *lib.* 4. *obſerv. cap.* 9. & nonnulla exempla cumulans D. Ramos *lib.* 2. *ad ll. jul. & Pap. cap.* 8. *num.* 10. *cum ſeq.* & *lib.* 4. *relig.* 32. *num.* 7. *reliq.* 35. *num.* 5. &
15 21.

Hujus antem juris, cujus tanquam à Juſtiniano abrogati Tribonianus, & reliqui Pandectarum concinnatores mentionem pleriſque locis ſuppreſſerunt, non obſcura adhuc in nonnullis juriſconſultorum reſponſis, quæ ſigillatim nunc exponemus, veſtigia comperiuntur, & ut vulgare illud omittam, quod extat in *l. ult. de reg. caton.* cujus ſententiam ſic meritò Cujacius *lib.* 4. *obſerv. cap.* 4. & cum aliis pluribus Ramos *d. lib.* 4. *relig.* 35. *num.* 20. acceperunt, ut ſic Catoniana regula, quæ adea dum taxat legata pertinebat, quæ à morte teſtatoris cedebant, cum ea legata, quæ, ſi teſtamenti facti tempore teſtator deceſſiſſet, inutilia forent, ex eo coaleſcere non ſinat, quod diutiùs teſtator vixerit, *leg.* 1. *in princ. de reg. Caton.* poſt novas leges, ſcilicet Juliam, & Papiam, & eas ſubſecuta ſenatûsconſulta ad legata ſcripta, aut myſtico teſtamento relicta non pertineat, ut pote quorum dies non jam à morte teſtatoris, ſed ab aperturâ tabularum cedit; nobile aliod veſtigium apud Paulum reperitur in *l. ult. de mort. cauſ. donat.* Docet conſultus, quòd ſi ſervo mortis causâ donatum ſit, ut conditioni locus ſit, ejus, non domini mors inſpicitur, quod & Africanus docuerat in *l. ſi filio* 23. *eod tit.* progreditur, & ait, quod poſt mortem donantis ante apertas teſtamenti tabulas manumiſſum donatio non ſequitur. Cujus deciſionis ratio ut intelligatur, ſciendum eſt ſenatusconſulta ad legem Papiam facta, quæ ab apertura tabularum cedere diem legatorum cenſuerunt, etiam ad mortis caoſâ donationes pertinuiſſe, ut ſuadent textus attentis inſcriptionibus in *d. l. & fideicommiſſum* 87. *de legat.* & *in l. ſenatus* 35. *de mort. cauſa donat.* & Juſtinianus ſignificat in *d. l. un.* §. *hac autem* 14. *C. de caduc.* Ex quibus id pro conſtanti tenet D. Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 32. *num.* 6. hoc autem jus ſolùm in mortis cauſâ donationibus ſcripto teſtamento relictis obtinuiſſe, quæ quia ex teſtamento pendent, & ad inſtar legatorum redactæ ſunt per omnia, textus ſic intelligendus in §. 1. *inſtit. de donat.* non à morte teſtatoris, ſed ab aperturâ tabularum cedebant, quo reſpiciens Ulpianus *lib.* 15. *ad leges Juliam, & Papiam in leg. illud* 37. *de mer. cauſ. donat.* generaliter ſcripſit mortis cauſâ factas donationes legatis æquiparari, & quodcumque in legatis juris eſt, id in mortis cauſâ donationibus accipiendum eſſe quicquid cum Cujacio dicat Retes *lib. ſing. de donat. inter cap.* 10. *num.* 12. non autem in mortis cauſâ donationibus extra teſtamentum factis, quæ quia morte demùm donantis confirmantur, & perficiuntur, nec à teſtamenti validitate, nec ab aditione hæreditatis dependent, juxta textus ſic intelligendos in *l. poſt legatum* 5. §. *quæ mortis* 17. *de his quibus ut indign. l. ſi filius* 20. §. 1. *de leg. præſtand. l.* 22. *de mort. cauſ. donat.* tabularum aperturam non expectant Hinc jam Pauli ſententia intelligitur, cujus ſerie mortis causa donatio extra teſtamentum facta fuit per quam revocabile dominium fuit ſtatim domino ſervi acquiſitum, ut ſuadet conditionis apud conſultum quæſtio, quæ dominii tranſlationem ſupponit *l. ſi mortis* 29. *l. ſi is, cui* 39. *de mort. cauſ. donat.* donatio itaque extra teſtamentum facta, & perfecta morte donatoris, & independentet à teſtamento, aut aditione donatio acquiſita ſervum etiam ante apertas tabulas manumiſſum non ſequitur, ſed apud ipſum dominum manet, ad differenriam mortis causâ donationis reſtamento factæ, quæ ad inſtar legatorum ex teſtamenti validitate dependet, & poſt ſuperiora ſenatus conſulta ab aperturâ tabularum cedebat, ac proinde in ſervum collata eum ante apertas tabulas manumiſſum ſequebatur ad legati ſimilitudinem, quod ſervo relictum, & ante diem legati cedentem, ideſt ante apertas tabulas manumiſſum ſequebatur, nec jam ad veterem dominum pertinebat ex generali regulâ textus in *d. l.* 5. §. *ult. quando dies leg.* quam differentiam inter mortis causà donationem extra teſtamentum factam, & eam, quæ

in teſtamento ſit, & legata attigit proculdobiò Paulus *lib. 1. manual. in d. l. ult. de mort. cauſâ donat.* ut ferendus non ſit Cujacius, qui *tract. 2. ad African. d. l. 23. eod. tit. ex d. l. ult.* generaliter deducebat præfata ſenatusconſulta, & jus circa legatorum ceſſionem ab apertis tabulis ab ipſis introductam ad nullam mortis causâ donationem ſpectaſſe; docet quamvis non hâc perſpicuitate Merillus *lib. ſingul. differentiar. jur. cap. 10.* & Ramos *d. reliq. 32. num.* 8. quem tamen nollem dixiſſe legatum ſervo relictum ad eum ante aditionem hæreditatis manumiſſum pertinere, cum certi juris ſit legatum non ab aditâ hæreditate, ſed vel à morte teſtatoris, vel ab apertis tabulis pro jam expoſitâ temporis varietate ceſſiſſe, & ità demum ſervo relictum ad eum, non ad dominum pertinere, ſi ante diem legati cedentem fuerit manumiſſus *d. l. 5. §. ult. quando dies legat. ced.* quod principium non ignoraſſe, ſed in promptu non habuiſſe doctiſſimum virum, & Academiæ noſtræ decus crediderim.

16 Sed licèt hæc pro texplicatione Pauli in *d. l. ult. de mort. cauſ. donat.* ex rectâ juris ratione deſcendant, exercendi tamen ingenii gratiâ, Paulum dum mortis causâ donationem ſervo factam, eum ante apertas tabulas manumiſſum non ſequi aſſerit, etiam de mortis causâ donatione teſtamento factâ aut de legato accipi poſſe ſub eruditiorum cenſura tentabam, fateor equidem poſt præfata ſenatuſconſulta legata, & mortis cauſa donationes teſtamento factas non à morte teſtatoris, ſed ab aperturâ tabularum ceſſiſſe; crediderim tamen legatum ſervo relictum, aut mortis cauſâ donationem teſtamento factam etiam hoc jure ad ſervum ante tabulas apertas manumiſſum noo pertinuiſſe, ſed apud dominum permanſiſſe, cùm etenim jus hoc de ceſſione legatorum ab apertis tabulis in fiſci ſolùm gratjam fuiſſet introductum, & tanquam odioſum conſultorum interpretatione reſtringi potiùs, quàm adjuvari conſueviſſet ut Juſtinianus agnoſcit in *d. l. unic. in princ. C. de caduc.* Quò & pertinet gravis illa, & pia Modeſtini ſententia quam accipiunt aliter Amaya in *l. 1. C. de jur. fiſci lib. 10. num. 19.* & cum aliis Boleno de *cot. debitorum fiſci tit. 5. quæſt. 17. num. 5. cum 3. ſeqq.*) qui in *leg. non puto 10. de jur. fiſci* non delinquere arbitratur eum, qui in dubiis quæſtionibus facilè contra fiſcum reſponderit, eatenus receptum fuit, quatenus fiſci utilitas exigebat, ut ſcilicet deficiente interim legatario, non ad ejus hæredem legatum tranſmitteretur, ſed fiſci juribus vindicaretur, ad reliquos autem juris effectus, in quibus nullum fiſci compendium vertebatur, extenſum non fuit, quorum reſpectu etiam poſt prædicta ſenatus conſulta legata perinde habebantur, ac ſi à morte teſtatoris cederent, quamobrem ubi de legati ſervo poſtmodum manumiſſo relicti acquiſitione tractabatur, non aperturæ tabularum, ſed mortis teſtatoris tempus inſpiciebatur, ità ut ſervum poſt mortem teſtatoris quamvis ante apertas tabulas manumiſſum legatum non ſequeretur, ſed apud ipſum dominum permaneret, quia quod hunc effectum à morte teſtatoris, & ſic penes dominum cedebat, poteſt igitur Paulus in *d. l. ult.* de mort. cauſ. donation. teſtamento factis, & de legatis etiam exaudiri. Nec dicat aliqois Paulum in *eo textu* de mortis causâ donatione extra teſtamentum factâ differere expreſſè, quia conditionis meminit, qoæ dominii tranſlationem ex tempore factæ donationis ſupponit, facilè quippe reſpondeo etiam ex causâ mortis donationis teſtamento factæ poſſe ſtatim revocabile dominium in donatarium transferri, quod non priùs irrevocabile conſtituitur, quam hæreditatis aditio interceſſerit.

Conjecturam noſtram fulciunt textus, qui 17
ad hoc jus de ceſſione lagatorum ab aperturâ tabularum ſpectant, & novam hinc lucem accipiunt in *l. denique 8. §. ult. de pecul. legat. & in l. ſi patronum 44. §. 1. de bon. libertor. in d. l. 8. §. ult.* docet Ulpianus ex ſententiâ juliani quod ubi quæritur, utrum augmentum peculii poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem contingens ad eum pertineat, cui peculium legatum eſt, & tunc id tempus expectatur, quo dies legati cedit, aditionis hæreditatis videlicet quo cedunt legata ſervis cum libertate relicta aut peculium ipſi ſervo manumiſſo relictum eſt *d. l. 7. §. ult. cum l. ſeq. quando dies legat. ced.* ut ſequenti capite dicemus, ità ut omne augmentum intra mortis, & aditionis tempus contingens ad ipſum manumiſſum pertineat, aut peculium extraneo legatum eſt, & mortis tempus inſpiciendum eſt, ità ut augmentum non ex rebus ipſis peculiaribus, ſed extrinſecus poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem proveniens non ad legatariom, ſed ad hæredem ſpectat, quod ipſum tradit Juſtinianus in *§. ſi peculium 20. inſtit. de legat.* Supponit ſanè Ulpianus extraneo relictum legatum à morte teſtatoris non cedere, ſcribit namque, quòd ſi ipſi ſervo manumiſſo peculium legetur, id tempus expectetur, quo dies legati cedit, ſi verò extraneo mortis tempus non eſt illud, quo dies legati peculii cedit, ut cum judicio arguit Arnoldus Vintiius in *d. §. 20. inſtit. de leg. num. 2.* qui numero tertio rectè aſſerit Ulpianum, & julianum ſecundùm jus ſuorum temporum reſpondiſſe, quod dies legatorum non à morte teſtatoris, ſed ab aperturâ tabularum cedabat. jed tunc gravis inſurgit difficultas, ubi de augmento legati peculii quæritur, cedentis legati tempus expectatur, ſed Ulpiani, & Juliani ſæculo peculii extraneo legati dies non à morte teſtatoris, ſed ab aperturâ tabularum cedebat, ergo non mortis, ſed aperturæ tabularum tempus, quoad peculii augmentum debuit expectari. Solutio tamen in eo eſt, quòd etiam poſt ſenatusconſulta ad legem Papiam facta quoad eos effectus, in quibus de fiſci utilitate non agebatur, legata perinde habebantur, ac ſi à morte teſtatoris cederenr, ac proinde quoties de peculii augmento inter hæredem, & legatarium quæſtio vertebatur, non aperturæ tabularum, ſed mortis tempus ioſpiciebatur. Eâdem etiam doctrinâ intelligo textum in *d. l. 44. §. 1. de bon. libertor.* ubi cum ſcripſiſſet Paulus patrono ex minori parte inſtituto, quàm quæ ex lege debebatur, non competere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi ſupplendæ portionis debitæ causâ ei ſervus fuerit legatus, id verum eſſe ſubjungit, etiamſi ſervus clauſis tabulis deceſſerit, quaſi apertiùs diceret, etiamſi ante diem legati cedentem deceſſerit, ut interpretatur Hothomanus *lib. 2. obſerv. cap. 17.* & Cujacius *lib. 5. quæſt. Pauli* in eo textu, (qui

qui ex Accurſio rectè notat ejus rei rationem in eo conſiſtere quod licèt inutile reddatur legarum, ad excludendam tamen bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſufficit momento aliquo poſt mortem liberti patronum integram portionem habuiſſe. Occurrit tamen, quod cum legarus ſervus clauſis adhuc tabulis, & ſic ante diem legati cedentem deceſſiſſet, nullo poſt mortem liberti momento integram portionem patronus habuiſſe dici poteſt, utpote qui nullum jus acquiſivit ex legato, quod nondum ceſſerat, verum elegans, & hactenus non detecta deciſionis ratio in eo eſt, quod in his omnibus, quæ ad fiſci utilitatem non pertinent, etiam poſt prædicta ſenatusconſulta legata à morte teſtatoris cedere cenſebantur, & patronus, apud quem legatum jam ceſſerat, quia integram habuit portionem tempore mortis liberti, à petenda contra tabulas bonorum poſſeſſione removetur. Hinc etiam in ponenda ratione legis falcidiæ mortis tempus attendebatur; quia quoad eum effectum à morte teſtatoris legata cedebant, *l. in quantitate* 73. *cum ſimil. ad leg. falcid.* ſimiliter ergo ubi de legati ſervo poſtmodum manumiſſo relicti acquiſitione tractabatur, etiam per præfata ſenatusconſulta non aperturæ tabularum, ſed moriis tempus inſpiciebatur, & biſormem hanc legati, & moriis cauſâ donationis ceſſionem Paulus exponebat in *d. l. ult. de mort. cauſ. donat.*

18. Ex eâdem etiam obſervatione quamvis jam *num.* 14. cum communi interpretum ſententiâ tenuerim regulam Catonianam ad ea legata non ſpectaſſe, quæ ab aperturâ tabularum cedebant, non tamen adverſus omnium interpretum placitum aſſerere audeo etiam poſt ſuperiora ſenatus conſulta Catonis regulam ad legata ſcripto, ſeù myſtico teſtamento relicta pertinuiſſe, quamvis ab apertis tabulis cederent, quia licèt hujuſmodi regula ad ea dumtaxat legata pertineat, quæ cedunt à morte teſtatoris *l.* 1. *in princ. l.* 3. *cum ſeq. de reg. Caton.* legata tamen etiam poſt ſenatusconſulta ad legem Papiam facta quoad ea, quæ fiſci utilitatem non reſpiciebant, à morte teſtatoris cedere cenſebantur ac proinde Catonianæ regulæ ſubjiciebantur. Aſſumptum mihi probat ſubtilis profectò Celſi deciſio in *l.* 1. *§. ult. de reg. Caton.* pro cujus conciliatione cum *l. cætera* 41. *§. tractari* 2. *de legat.* 1. *§. ſed ſi rem legatarii* 10. *inſtit. de legat.* Omiſſis, quæ præter inſtitutionum interpretes *in d. §.* 11. tradiderunt Donellus *lib.* 8. *commentar. cap.* 13. & ibi cum pluribus Oſvaldus *lit. D.* & Pareja *ſuo otio quadremeſtri de reg. Caton. nu.* 21. Videnda erit omninò ſubtiliſſima interpretatio, quam excogitavit Marcellus *leg. clama lib.* 7. *memb. & lib.* quem immeritò capit Oroz *lib.* 1. *de apicibus cap.* 2. *n.* 7. *in fin.* Ubi expreſſè docet ad legata ſcripto teſtamento relicta, quæ ejus ſæculo ab aperturâ tabularum cedebant Catonianam regulam ſpectaſſe. Nec tunc negotium nobis exhibet textus in *d. l. ult. de reg. Caton.* qui dum aſſerit Catonianam regulam ad novas leges non pertinere, referendus non eſt ad ſenatusconſulta, quæ ab apertis tabulis cedere diem legatorum cenſuerunt, ſed ad leges ipſas Juliam, & Papiam, & ad legem Juliam Narbonam, ex quibus licèt legata cælibi, orbo, aut latino relicta teſtamenti, & mortis teſtatoris tempore in effectu inutilia viderentur, ut pote quæ ab ipſis percipi non poterant, utilia tamen erant, & ab ipſis capiebantur, ſi intra dies centum cretionis legi paruiſſent, prout Ulpianum in *d. l. ult.* interpretautur Fornerius *lib.* 3. *rer. quotid. cap.* 24. Cujacius, Balduinus, Hothomanus, Donatus, & alii, quos refert, & ſequitur D. Pareja ubi ſupra *num.* 6.

In his itaque dumtaxat, in quibus fiſci compendium vertebatur, legata poſt prædicta ſenatuſculta ab aperturâ tabularum cedebant, quò ſpectant textus in *l. ſi in duob.* 10. *in princ. & §.* 1. *&* 2. *cum duob. ſeqq. leg. quemadmodum teſtam. aper.* in quibus quod diſputant Ulpianus, & Cajus ad leges Juliam, & Papiam ſcribentes, quando apertum teſtamentum dicatur, referendum proculdubiò eſt ad eam legis Papiæ partem, quâ ex parte ſcriptus hæres ante apertas tabulas adire hæreditatem non potuit, & ad ſenatusconſulta, quæ legatorum ceſſionem ab apertis tabulis induxerunt. Celebris quidem, & ſingularis eſt textus in *d. l.* 10. *§. ult.* ubi quod docemur, ſi tabula exuſtæ ſint, vel non compareant, veluti ſi ſuppreſſæ, vel occultata ſint legatariis ſubveniendum eſſe, non eò ſolùm pertinet, ut legatarii legata petere, & cum effectu conſequi poſſiut, ut hactenus creditum eſt, ſed eo maximè uti conjector, ut ſi legatarii anre aditam hæreditatem, & ante apertas tabulas, quæ vel quia exuſtæ, vel quia occultæ aperiri non potuerunt, deceſſiſſent, legata ad hæredes tranſmitterent, nec fiſco locus eſſet. Quod ut percipiatur, ſciendum eſt legem Juliam de viceſimâ, quæ conſtituit, ut vigeſima pars hæreditatum, aut legatorum militari ærario vindicaretur, & cujus extat mentio in *l. ult. C. de edict. D. Adrian. toll. & aliis in locis,* quos ſedulò congeſſit, rem latè, & eruditè explicans Ramos *lib.* 1. *ad l. l. juliam, & Papiam ex cap.* 7. *uſque ad ejus libri finem*, illud etiam ſtatuiſſe, ut teſtamenti tabulæ per mortem teſtatoris ſtatim aperirentur, à præſentibus ſcilicet intra triduum, aut quinque dies, ab abſentibus verò intra eoſdem dies, poſtquam rediiſſent ut ſcripſit Paulus *lib.* 1. *ſentent. tit.* 6. *de viceſimâ. §. ult.* qui eam rationem expreſſit, ne ſcilicet, hæredibus, legatariis, aut neceſſario vectigali mora fieret, ideſt, ut liqueret quamprimùm de vigeſimâ, nempe an deberetur, & qualis, quantaque, & à quibus exigenda, ut ſcripti ex partibus hæredes poſſent hæreditatem adire, & denique ut legata cederent, ut docet ibi Cujacius ad Paulum, qui eâdem etiam ratione receptum fuiſſe aſſerit, ut à Magiſtratus decreto de aperiendis tabulis appellatio non reciperetur, quia nullam dilationem res recipiebat, *l. ult. de appellat. recip.* Mirabitur forſan aliquis, & meritò tantam aperiendi teſtamenti celeritatem legem Juliam deſideraſſe, quando fiſcus adeò caducorum commodis inhiabat, quorum ſpem extra latini, cælibis, aut orbi caſus poſt apertas demùm tabulas amittebat. Verùm ut dicam, quod ſentio, lex Julia dum brevem terminum tabularum aperturæ præſcripſit, fiſci potiùs, quàm hæredum, aut legatariorum utilitati conſuluit, ex celeri namque tabularum aperturâ fiſcus viceſimæ certum commodum poterat ſperare, ut que certum viceſimæ compendium citiùs ſentiret, nec tamen incertam caducorum ſpem prorſùs

ſùs amitteret, ſic rem temperari placuit, ut tabularum aperturæ brevis terminus præfigeretur, is tamen, intra quem caducorum ſpe omninò fiſcus non defraudaretur, ex quâ tamen conſtitutione expenſum jam hæredum, & legatariorum commodum non quidem à lege Juliâ principaliter attentum, ſed per conſequentias emanavit, quo ſenſu ſuperiorem Pauli ſententiam accipiendam exiſtimo; quâ non injucundâ factâ ſuppoſitione ſi intrà præfixum à lege Juliâ terminum aperiri tabulæ non potuiſſent, vel quia exuſtæ, vel quia ſuppreſſæ fuiſſent, in eo legatariis ſubveniebatur juxta Ulpianum, quem ſic intelligo in *d. l.* 10. §. *ult.* ut perinde ac ſi apertæ tabulæ jam fuiſſent, legata quoad effectum tranſmiſſionis cederent, & fiſcus caducorum ſpem amitteret, qui lucrum ſentire non debuit ex alienâ calamitate, ut ad aliam rem aiebat Conſtantinus in *l.* 1. *cod. de naufrag. lib.* 11.

20 Denique ut omittam nunc textus in *l. ſi in teſtam.* 31. *l. intercedit* 59. *l. eum qui* 104. *de C. & D.* quos tanquam ad conditionalia legata pertinentes *tertio capite* explicabo, & textum in *l. cum hæres* 24. *de liberat. legat.* quem licèt ad præfata Senatus-Conſulta nonnulli referendum cenſuerint, ad ea tamen non pertinere cum judicio obſervarunt Cujac. *lib.* 8. *reſponſor. Papin.* Supereſt jam, ut caſus, in quibus etiam deficiente legatario, ut fideicommiſſario, fiſco locus non erat, quaſi per indicem colligamus; caſus ille erat, ſi legatario ſubſtitutus datus eſſet, ut in *l. ut hæredib.* 50. *de legat.* 2. tunc legatario deficienre, legatum non in fiſcum cadebat, ſed ad ſubſtitutum, ut pote aperta teſtantis voluntate ſubnixum pertinebat *d. l.* 24. *cum duab. ſeqq. de hæred. inſtitut.* Secundus ſi legatarius ex liberis, parentibus, aut cognatis eſſet intra tertium gradum, apud quem, excluſo fiſco, deficiens legatum manebat, quò pertinent Ulpianus *d. tit.* 17. §. 1. & *textus in l. pater* 29. §. *ult. de legat.* 2. Tertius ſi ſcriptus hæres licèt extraneus liberorum jure niteretur, qui pro præmio liberorum deficiens legatum retinebat, ut conſtat ex Ulpiano in *fragm. tit.* 25. *de fideicommiſſis* §. *ſi quis in fraudem penult.* Quartus ſi cum à legatario fideicommiſſum relictum eſſet, fideicommiſſarius defeciſſet, tunc enim excluſis fiſco, & hærede etiam teſtatoris filio, legatum ad ipſum legatarium pertinebat, quia potiorem ejus cauſam eſſe viſum eſt, cujus fidem teſtator elegiſſet, expreſſus textus in *l. Julianus* 60. *de legib.* 2. quæ ſingula latiùs proſequitur Ramos *d. l.* 4. *reliq.* 35. *num.* 29. *cum duob. ſeqq. & reliq.* 36. *ferè per tot.* Quintus, & ultimus caſus erat, ubi Principi legatum relictum erat, quod ſtatim à morte teſtatoris etiam quoad tranſmiſſionis effectum cedebat, quia Princeps legibus ſolutus eſt, quod & in legato Auguſtæ relicto procedebat juxta textum ſic juxta inſcriptionem intelligendum in *l. Princeps* 31. *de legib.* ex ſententiâ Cujacii *lib.* 13. *obſervat. cap.* 30. & *lib.* 26. *cap.* 35. quem ſequuntur Mendoza *lib.* 1. *de pactis cap.* 5. *num.* 29. & D. Pareja in *otio quadrimeſtri* 2. *part. num.* 3. quidquid dicat D. Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 1. *num.* 102. quem infrà impugnabimus, dum difficiles textus in *l. quod Principi* 56. *cum l. ſeq. de legat.* 2. qui reſiſtere huic aſſertioni videntur, exponemus.

Manſit autem hoc jus de ceſſione legatorum ab apertis tabulis uſque ad Juſtiniani tempora, qui cùm nomen, & materiam caducorum ex bellis ortam, & auctam civilibus, in pacificis ſui imperii temporibus ſecludere ab orbe Romano duxiſſet, ut quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas ſopiret, ut eleganter ipſe loquitur in *d. l. unic. in princ. C. de caduc.* non modò legem Papiam, ſed & Senatus-Conſulta, quæ caduci materiam ſuppeditabant, abrogavit, & antiquum jus reſtituens ſtatuit, omnes ſivè ex aſſe, ſivè ex parte ſcriptos hæredes ſtatim à morte teſtatoris hæreditatem adire non prohiberi, & purè relicta legata, vel fideicommiſſa à morte teſtatoris etiam quoad tranſmiſſionis effectum cedere, *d. l. unic.* §. 1. *& in* §. *in noviſſimo* 5. quod tamen ex eo difficile redditur, quod multis retrò ſæculis etiam ſtantibus legibus caducariis, id eſt jus quoad ceſſionem, & tranſmiſſionem legatorum fuiſ. receptum apparet ex *d. l.* 5. §. 1. *d. l.* 21. *quando dies legat. ced.* Verùm omiſsâ communi ſolutione, quæ aſſerit Conſultorum verba in his juribus interpolaſſe Tribonianum, ut antiquum jus ad novi conſonantiam redigeret, reſpondet D. Ulloa in *MM.* §. *commentariis ad l. unic.* §. 1. *C. de caduc. num.* 15. legata eo teſtamento relicta, quo hæres ex aſſe erat ſcriptus, etiam poſt prædicta Senatus-Conſulta quoad tranſmiſſionis effectum à morte teſtatoris ceſſiſſe, quia cùm ex aſſe ſcriptus hæres non expectatâ tabularum aperturâ poſſit ſtatim mortuo teſtatore hæreditatem adire, etiam ab eo relicta legata à morte teſtatoris omninò cedebant. Quæ quidem interpretatio ferenda non eſt; tum quia textus omnes ſuprà expreſſi ad jus de ceſſione legatorum apertis tabulis ſpectantes de legatis ſcripto teſtamento relictis indiſtinctè loquuntur, nec curant, an unicus ex aſſe hæres, an plures ex partibus ſcripti ſint; tum quia ratio, quæ legatorum ceſſionem ab apertis tabulis induxit, non ex eo proveniebat, quod nec ante adiri hæreditas poſſet, ſed fiſci ſolùm compendio nitebatur, ut dixi *num.* 13. & licèt in hærede ex aſſe ſcripto lex Papia locum non habuiſſet, quia fiſcus numquam in ejus defectum legitimam ſucceſſionem excluſit, ut dixi *num.* 12. ad legata tamen eo teſtamento relicta ſuperiora Senatus-Conſulta pertinuerunt, ut pote quæ fiſcus deficientibus legatariis, poterat vindicare. Ex quibus infero, quod licèt ſuus hæres etiam ex parte ſcriptus ſtatim à paternæ mortis tempore, non expectatâ tabularum aperturâ hæres exiſteret *l.* 3. *C. de jur. deliber. l. unic. C. de his, qui ante apertas tabulas hæred. tranſm.* textus ſic juxta inſcriptionem intelligendus in *l. in ſuis* 14. *de ſuis, & legitimis hæredib.* idemque juris eſſet in neceſſario ex parte hærede ſcripto *l. ejus, qui in Provinciâ* 41. *de reb. cred. l. ex parte* 58. *de acqu. hæred.* quamvis contrarium tenuerit ſubtilis alioquin Santolaria *interpret.* 9. §. 3. *num.* 10. *cum duob. ſeqq.* ad id expendens textus in *l.* 3. §. *ult.* & in *l. qui ſolvendo* 42. *de hæred. inſtit.* qui tamen noſtram potiùs ſententiam probat, ut docent videndi omninò Cheſius *lib.* 1. *interpret. cap.* 28. *per tot.* & Ramos *d. lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 11. legata tamen eo teſtamento relicta quoad fiſci commodum ab aperturâ tabularum cedebant, quæ ſicuti reſpectu extranei cohæredis expectabatur *d. l.* 3.

§. ult. de hæred. inſtit. ſic & legatariorum reſpectu, quamvis quoad alios juris effectus à morte teſtatoris cederent juxta textum, ſic meo videri exaudiendum in *l. ſi poſt mortem* 68. §. 1. *de legat.* 1. juxta ea, quæ dixi *num.* 15. *cum duob. ſeqq.*

22 Dicendum itaque potiùs exiſtimo textus in *d. l.* 5. §. 1. & in *d. l.* 21. *quando dies legat. ced.* in terminis habilibus accipiendos, vel de legatis etiam ſcripto teſtamento liberis, parentibus, aut cognatis teſtatoris intra tertium gradum relictis, quæ etiam caducariis legibus, & ad eas factis Senatus-Conſultis florentibus, non expectatâ tabularum aperturâ quoad omnes juris effectus ſtatim à morte teſtatoris cedebant, cum hujuſmodi perſonis non magis Senatus-Conſulta, quàm leges ipſæ caducariæ ſuum jugum impoſuerint ex dictis *num.* 12. vel etiam de legatis nuncupativo teſtamento relictis, quæ ad ſuperiora Senatus-Conſulta non pertinuiſſe, imò eis adhuc ſtantibus omninò ſtatim à morte teſtatoris ceſſiſſe ſatis evincitur ex dictis *num.* 11. *circa fin.* Ad quam partem nunc ex propriâ obſervatione refero Paulum *lib.* 5. *ad leges Juliam, & Papiam in l. ult. de jur. codicill.* uti cum hæres palàm nuncupatus eſſet, legata verò in tabulis relicta fuiſſent ex Juliano rectiùs dicendum reſpondet, quòd tabulæ teſtamenti non intelliguntur, quibus ſcriptus hæres non eſt, ſed codicilli potiùs, quàm teſtamentum. Quæſtio meo quidem judicio in eo erat, cùm legata in tabulis relicta fuiſſent, dicendum videbatur eorum ceſſionem quoad fiſci commodum ab apertis demùm tabulis contingere debere, quia etſi maximè hujuſmodi tabulæ ex defectu hæredis inſtituti, codicillorum potiùs, quàm teſtamenti ſubeant vicem, codicillos tamen etiam ſeparatim à teſtamento aperiri poſſe conſtat ex *l. quidam* 25. §. *ſi quis filium* 2. *ad Trebell.* ex quo textu juncto Goffredo in *d. l.* 24. *de liberat. legat.* convinci iterùm poſſet rejecta jam ſatis *num.* 4. Merilli quædam opinio; ſed tamen cùm codicilli ſint veluti teſtamenti pars, ejuſque jus ſequantur, ut Julianus, & Paulus docent in *l.* 2. §. *codicillor.* 2. & in *l. ab inteſtato* 16. *de jur. codicill.* legata codicillis relicta perinde cedunt, ac ſi teſtamento relicta forent ex generali ejuſdem Pauli regulâ in *l. quod purè* 6. §. *ult. quando dies legat. ced.* ac proinde codicillis ſcripto teſtamento confirmatis relicta eo jure ab apertis teſtamenti, non codicillorum tabulis cedebant, codicillis autem nuncupativo teſtamento confirmatis relicta omninò à morte teſtatoris ſtatim cedebant, quod utrumque ſibi voluiſſe Caium exiſtimo, dum *lib.* 11. *ad leges Juliam & Pap.* in *l. ſicut.* 11. *quemadm. teſtam. aper.* codicillos teſtamenti partem intelligi generaliter ſcripſit Unde quemadmodum ſi ſcriptis codicillis, ſcripto teſtamento confirmatis legata relicta fuiſſent quoad eorum ceſſionem, non codicillorum, ſed teſtamenti apertura expectaretur, & nuncupativis codicillis ſcripto teſtamento confirmatis legata relicta ab apertis demùm teſtamenti tabulis cederent, ſic vice versâ in *d. l. ult. de jur. codicill.* ſcriptis codicillis nuncupativo teſtamento confirmatis relicta quoad omnes juris effectus ſtatim à morte teſtatoris cedebant, nec enim an ſcripti, an nuncupativi eſſent codicilli, ſed ſolùm an ſcriptum, an nuncupativum eſſet teſtamentum, cujus pars ſunt codicilli, quærebant.

Quæ de legatorum ceſſione, vel à morte teſ- 23
tatoris ex priſco jure à Juſtiniano reſtituto, vel ab apertis tabulis ex Senatus-Conſultis ad caducarias leges hactenùs diſſeruimus, in fideicommiſſis etiam obtinere adeò perſpicuè conſtat ex *d. l.* 104. *de C. & D. & ex d. l. unic.* §. 1. *C. de caduc. l.* 3. *& ult. C. quando dies leg. ced.* ut mirum ſit doctiſſimum Cujacium in *d. l. unic. commentar.* in eum errorem incidiſſe, ut fideicommiſſa etiam poſt prædicta Senatus-Conſulta à morte teſtatoris ceſſiſſe aſſeruerit; eadem etiam in quocumque legato ſivè per damnationem, ſivè per vindicationem relicto procedebant; quod ideò animadverto, quia ſuper eo dubitavit Cujacius ad quemdam Pauli locum ſtatim referendum, & eruditus Merillus *lib.* 1. *variar. ex Cujacio cap.* 14. *& lib.* 6. *cap.* 32. inter vindicationis, & damnationis legatum illud intereſſe aſſerit, quòd per vindicationem datum legatum, etiam ſi legatarius ante aditam hæreditatem, & ſic ante ejus agnitionem deceſſiſſet, ad ejus hæredem tranſmittebatur; per damnationem autem relictum legatum ità demùm ad legatarii hæredem tranſmittebatur, ſi is poſt ejus agnitionem deceſſiſſet, ejuſque differentiæ auctorem Paulum agnoſcit *lib.* 3. *ſentent. tit.* 3. *de legat.* §. *per vindicationem* 6. fallitur tamen, nam verius eſt legatum ubi ſemel ceſſiſſet, etiam per damnationem relictum, quamvis legatarius ante ejus agnitionem deceſſiſſet, antiquo etiam jure ad ejus hæredem fuiſſe tranſmiſſum, ejuſque rei expreſſum teſtimonium apud Pomponium comperui in *l. ſi Titio* 22. §. 1. *quando dies legat. ced.* ubi legatum ſub eâ formulâ relictum *hæres dato*, quam propriam eſſe legati per damnationem tradit Ulpianus *in fragm. tit.* 24. *de legat.* §. *per damnation.* 3. quamvis legatarius ante aditam hæreditatem, & ſic antequam illud agnoſcere potuerit, deceſſerit, ad ejus hæredem tranſmittitur. Quod nec juris ratione deſtituitur, nam etſi verum ſit ex causâ legati per vindicationem relicti dominium ſolâ legis poteſtate abſque ullo hæredis facto in legatarium tranſire, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. ad differentiam legati per damnationem relicti, ex cujus causâ ante factam ab hærede traditionem, rei legatæ dominium legatario non acquirebatur, *l. hujuſmodi* 84. §. *ædes* 4. *de legat.* 1. *cum ſimil.* legati tamen tranſmiſſio non ex dominii acquiſitione proficiſcitur, ſed ceſſionis effectus eſt; cum ergò quoad ceſſionem nulla inter damnationis, & vindicationis legatum antiquo jure fuerit differentia, nihil etiam debuit quoad tranſmiſſionis effectum intereſſe. Nec aliud ſenſit Paulus *d. l.* 3. *ſentent. tit.* 6. §. 6. qui ad hoc, ut vindicationis legatum ad hæredem tranſmittatur, exigit quod legatarius quamvis ante agnitionem, poſt apertas tamen tabulas deceſſerit, non quaſi aliud juris ſit in legato damnationis, ſed quia dicendum videbatur, jus de ceſſione legatorum ab apertis tabulis introductum ad vindicationis legatum non pertinere, ut potè ex cujus causâ dominium abſque ullo hæredis facto in legatarium transfertur; ſed tamen quia jus illud in vindicationis non minùs, quàm damnationis legatis propter fiſci compendium obtinebat, ità demùm vindicationis legatum ad hæredem tranſmitti debet, ſi legatarius poſt apertas tabulas, quamvis antè agnitionem, deceſſerit.

Nec legatum ſolùm, ſed & fideicommiſſum, quamvis univerſale, ubi ejus dies ſemel ceſſerit, ad hæredem omni jure tranſmittitur, etſi fideicommiſſarius ante aditam hæreditatem, aut ante ſibi factam reſtitutionem deceſſerit, expreſſi ſunt textus in *l.* 3. §. *idem* 2. *de adimpl. legat. l. cogi* 16. §. *idem Metianus* 9. *l. ſi in perſonam* 21. Donellus 7. *comment. cap.* 20. Fuſarius *de ſubſtitutione fideicommiſſ. quæſt.* 478. quamvis contrarium fruſtrà perſuadere tentavit Anton. Faber *de error. decad.* 31. *error.* 1. eo fundamento ductus, quod quicquid eſt ceſſibile eſt tranſmiſſibile, & è contrà *l. plurib.* 42. *de adminiſtr. tutor.* ſed univerſale fideicommiſſum nec propter dotis quidem favorem cedi poteſt *l. ſi mulier* 59. §. *de jur. dot.* ergo nec ad hæredem poteſt tranſmitti. Reſpondeo, quòd univerſale fideicommiſſum rectè cedi poteſt, ſi modo ex voluntate cedentis fideicommiſſarii reſtitutio fiat, *l. reſtituta* 37. *in princ. verſ. ſed etſi voluntate l. ſervo* 65. §. *ult. ad Trebell.* Nec contrarium probat textus in *d. l.* 59. §. 1. qui non de ceſſione; ſed de delegatione loquitur, ut conſtat ex finali ejus verſiculo, inter ceſſionem autem, & delegationem hoc intereſt, quòd ceſſionarius utitur jure ceſſo ſibi nomine cedentis. *l. qui ſtipendia* 9. *C. de procurator.* is verò, cui facta delegatio fuit, non delegati, ſed proprio nomine experitur, *l. Neſennius* 41. *de re judic. l. ſi quis* 12. *l. doli* 19. *de novation.* hinc cùm univerſale fideicommiſſum non alii poſſit reſtitui, quàm cui teſtator voluit, cedi quidem poteſt, quia dum ceſſionario fideicommiſſarii nomine reſtituitur, ipſi fideicommiſſario teſtitutum intelligitur, & adhuc poſt ceſſionem, & reſtitutionem actiones tam activæ, quàm paſſivæ fideicommiſſario, & in eum dantur, quamvis earum utilitas, & incommodum in ceſſionarium tranferantur, argum. textus in *l.* 2. *&* 5. *C. de hæred. vel act. vend.* delegari autem non poteſt, quia nec ei, cui facta eſſet delegatio, proprio aut fideicommiſſarii nomine poſſet reſtitui, nec hæres per reſtitutionem ab hæreditariis oneribus liberaretur, quod iniquitatem profectò contineret, ut adverſus Fabrum doctè ratiocinatur D. Olea *de ceſſ. jur. tit.* 3. *quæſt.* 8. *ex num.* 10.

25 Sed præcipuum adhùc Fabrianæ opinionis fulcrum eſt textus ſanè difficilis in *l. apud julianum* 11. §. *utrum* 2. *ad Trebell.* ubi docet Ulpianus hæredem inſtitutum non modò præſenti, ſed & abſenti fideicommiſſario, procuratore Prætorem adeunte, poſſe cogi adire, & reſtituere hæreditatem; nec veteri hæredem oportere, ne fortè in damno moretur, nam poteſt ei per Prætorem ſuccurri, quamvis à procuratore cautionem non exegerit, ſi fideicommiſſarius ante reſtitutam pocuratori hæreditatem deceſſerit, quo caſu non ipſius inſtituti hæredis, ſed defuncti nomine hæreditaria bona diſtrahentur, ergo univerſale fideicommiſſum ad hæredem non tranſmittitur, ſi fideicommiſſarius ante aditam, aut ſibi reſtitutam hæreditatem deceſſerit, alioquin nullo Prætoris auxilio inſtituto hæredi opus eſſet. Nec difficultatem diluit Cujacius *ad pandect. in d. l.* 11. §. 2. dum eum textum intelligendum eſſe reſpondet, quando fideicommiſſarius ſine hærede deceſſit, quo caſu in damno hæres maneret, niſi ei à Prætore ſubveniretur, quod ex eo conjectatur, quod & in exemplo, quo utitur Ulpianus, reſcriptum divi Pii ſuccurrit hæredi, qui compulſus adiit eo caſu, quo fideicommiſſarius ſine hærede deceſſit, quare ut exemplum hypotheſi conveniat, fideicommiſſarium ſine hærede deceſſiſſe debet ſupponi, hujuſmodi enim ſolutio ex eo manifeſtè convincitur, quòd ſi ſemel tranſmiſſum fuiſſet fideicommiſſum, quamvis fideicommiſſarius nullum hæredem reliquiſſet, hæreditaria bona non teſtatoris, ſed ipſius fideicommiſſarii jam defuncti nomine diſtrahenda forent. Quapropter præfero ſententiæ Alexandri in *eo textu* aſſerentis Ulpiani mentem eam eſſe, ſcilicet, ut commiſſarius ante aditam hæreditatem, & reſtitutam procuratori deceſſerit, & poſteà adita, & ignoranti procuratori teſtitura hæreditas fuerit, quamvis fideicommiſſum ad fideicommiſſarii hæredem tranſmittatur; ſi tamen is aditionem, & reſtitutionem ratam non habuerit, quod facere poſſet, cùm fideicommiſſarius ante deceſſerit, quàm reſtitueretur, aut adiretur hæreditas, quod idem eſt, nam cùm ferè ſemper adita hæreditas confeſtim per hæredem coactum reſtituatur *d. l.* 44. *ad Trebell.* tempus reſtitutionis pro tempore aditionis Ulpianus uſurpavit, & per ejus obitum re integrâ contingentem extinctum fuerit mandatum §. *item ſi adhuc* 10. *inſt. mandat.* non ideò inſtitutus hæres periclitatur, cui in eo ſuccurritur, ut hæreditaria bona non ſuo, ſed defuncti nomine diſtrahantur.

26 Rurſus nec quoad ceſſionis, & tranſmiſſionis cauſam intereſt, an purè, an ex die certâ legatum relictum ſit; nam ex die certâ relictum perinde cedit, & tranſmittitur, ac ſi purè relictum eſſet, Ulpianus in *fragm. d. tit.* 24. *de legat.* §. *penult. l. ſi uſusfr. quemadm. cav. l. ſi cui* 49. §. *& ideò* 3. *de legat.* 1. *l. ſempronius* 26. *verſ. dies quidem de uſufr. l. ſi ità legatum* 103. *de C. & D. l. in quantit.* 73. §. §. *in diem.* 4. *ad legem falcid. d. l.* 5. §. 1. *&* §. *iiſdem* 6. *leg. ſi cum præfinitione* 29. *d. l.* 21. 22. §. 1. *quando dies legat. d. l. unic.* §. 1. *&* §. *libertatib.* 6. *in fin. C. de caduc.* Nec obſtat, quod ex die certâ relictum legatum præſens non eſſe dicatur in *l.* 1. *de C. & D.* nam id non ad ceſſionem, ſeù tranſmiſſionem, ſed ad petitionem referendum eſt, ut *de jur. accr. cap.* 7. *quæſt.* 16. Nec magis refragatur, quod ex die certo relictum legatum ante diem nec agnoſci poſſit, nec repudiari; *d. l.* 45. §. 1. *de legat.* 2. nam agnitio, vel repudiatio legati nihil habet cum ejus ceſſione, & tranſmiſſione commune; legatum ex die ſtatim quidem cedit, ante diem verò non defertur, & quia ante peti non poteſt, nec etiam agnoſci, aut repudiari, exemplo legati purè relicti, quod licèt ſtatim cedat, tamen ante aditam hæreditatem non defertur, ſicut nec ante peti, ſic nec agnoſci poteſt, aut repudiari, ut dixi *num.* 5. quæ omnia latiùs proſecutus fui in *Academ. de die certo contract. & ult. volunt. adject. cap.* 2. ubi per plures textus congeſſi, quos ſequentibus capitibus opportuniùs, breviter tamen attingam.

27 Sed licet legata, & tam univerſalia, quàm particularia fideicommiſſa purè, vel ex die certâ relicta, vel ab apertis tabulis, vel à morte teſtatoris pro temporum diſtinctione quoad tranſmiſſionis effectum cedant, ſuperſtite tamen teſtatore, nec antiquo, nec novo jure cedunt,

quod ſupervactuum eſſet monere , niſi Jacobus Cancerius 3. *part. variar. reſolut. cap.* 20. *num.* 357. falsò docuiſſet liberationis legatum ad hæredem tranſmitti , quamvis legatarius ſuperſtite adhuc teſtatore , deceſſerit , deceptus autoritate textus in *l. ſi quis in teſtam.* 15. *de liberat. leg.* qui tamen dum aſſerit hæredem damnatum , ne à debitore petat , nec debitorem ipſum , nec ejus hæredem poſſe conveniri , exaudiendus ita eſt , ſi legatarius poſt diem legati cedentem deceſſerit , ex ſenatus-conſultis ad caducarias leges factis legatum in caduci cauſâ erat , & ad fiſcum pertinebat *d. l. un. §. & cum triplici* 2. *C. de caduc.*& quia ſenatusconſulta de morte naturali legatarii loquebantur tanquam odioſa ad civilem extenſa non fuerunt ; unde ſi legatarius vivo teſtatore fuiſſet ad peregrinitatem redactus , legatum pro non ſcripto habebatur , & penes hæredem manebat *l.* 3. §. 1. & 2. *de his quæ pro non ſcript. habent.* textus ſic intelligendus in *l. ſi ſervos* 101. §. 1. & 2. *de legat.* 1. *l.* 4. §. 1. *de quæ pro non ſcript. hab. l. in metallum.* 12. *de jur. fiſci ;* quamvis aliud in hæreditatibus procederet quarum portiones non ex eo quaſi caducæ fiebant , aut fiſco deferebantur , quod aliquis ex hæredibus inſtitutis vivo teſtatore deceſſiſſet. *l. cum ex filio* 39. §. *ult. de vulg.* Cujus rei rationem præſtat D. Ramos *d. lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 24. qui ex *num.* 33. nonnullos caſus explicat , in quibus conſulti jus hoc de quaſi caducis aliquo ſumpto colore reſtringebant , & vivo adhuc teſtatore decedente legatario non quaſi caducum , ſed pro non ſcripto legatum eſſe reſpondebant , qui extant in *l.* 2. §. 1. *l. Divi* 6. §. *ult. de jur. codicill. l.* 2. de *aur. & arg. legat. l. ſi id quod* 21. §. 1. *de liberat. legat. l. ult.* §. 1. *de his , quæ pro non ſcript. hab. l. non eſt cogendus* 53. *ad Trebell.*

17 Spectant ad hanc juris partem textus in *l. quod Principi* 56. *cum l. ſeq. de legat.* 2. pro quorum explicatione repetendum eſt quod dixi *nu.* 19. *in fin.* ſcilicet legatum Principi relictum tanquam legibus ſoluto priſco etiam jure non ab apertis tabulis , ſed à morte teſtatoris quoad tranſmiſſionis effectum ceſſiſſe , idemque in legato Auguſtæ relicto obtinuiſſe , ex *d. l.* 31. *de legat.* Sed quia perſuadere contrarium contendit D. Amaya *d. lib.* 1. *obſerv. cap.* 1. *num.* 102. ejus fundamentis ſatisfaciam , ait primò hujuſmodi privilegium infauſtum, & ominoſum ipſi Principi exiſtere , cum ejus fructum non niſi mortuus accipiat , quod nec præſentiendum quidem eſt *l.* 83. §. *ſacram.* 5. *de verb. oblig.* apud Romanos præcipuè , qui erant maximè ſuperſtitioſi. Verùm facilè reſpondeo infauſtum, & ominoſum quidem eſſe Principis mortem expectari , non tamen decedenti Principi aliquod privilegium concedi. Secundò inquit, quòd cum caduca fiſco vindicarentur , & fiſcus Principis ſit ſubſtantia , nulla Principi utilitas afferebatur , ex eo quod caducariis legibus ſolutus eſſet , ſed tamen multum intereſſe exiſtimo, an legatum ad Principis hæredem tranſmitteretur , an verò vindicaretur , etenim ſi Princeps non imperii ſucceſſorem , ſed alium hæredem reliquiſſet , ut fieri ſæpè ſolebat , hujuſmodi privilegii ratione , excluſo fiſco, ad ejus hæredem legatum tranſmittebatur , & ſi legatum fiſco vindicaretur ab ejus perceptione Principis hæres excluderetur. Ex quibus difficilis redditur textus in *d. l.* 56. *de legat.* 2. tùm quatenus ſupponit Principi relictum legatum ante apertas tabulas non cedere , eo tamen ante diem legati cedentem ab omnibus erepto , ejus ſucceſſori deberi ; tùm quia hoc privilegium ex divi Antonini conſtitutione deſcendere aſſerit , hoc ipſo ſignificans Principem caducariis legibus obnoxium fuiſſe , niſi earum jugum fuiſſet ſuperiori conſtitutione remiſſum. Rurſus & difficultatem continet textus in *d. l. ſi Auguſta* 57. *de legat.* 2. dum Auguſtam caducariis legibus adſtrictam decidit contra noſtram aſſertionem.

28 Quas omnes difficultates ut diluamus , ſtatuo in *dictis legib.* 56. & 57. *de legat.* 2. Principem , aut Auguſtam non poſt mortem teſtatoris , imò adhuc eo ſuperſtite inter homines eſſe deſiiſſe , plurimùm verò intereſſe , an ante , vel poſt mortem teſtatoris inter homines eſſe deſierint , ubi poſt mortem teſtatoris , quæ nuper diximus procedebant , quia cum caducariis legibus , & ad eas factis ſenatuſconſultis ceſſantibus legatum quoad omnes effectus à morte teſtatoris ceſſiſſet , debuit ad Principis , vel Auguſtæ hæredem tranſmitti , at ubi ſuperſtite adhuc teſtatore (ut in *d. l.* 1. 57. in quâ quod dicitur ante diem legati cedentem ab omnibus ereptum eſſe , arguit eum , vivo adhùc teſtatore , deceſſiſſe , alioquin ante diem legati cedentem deceſſiſſe non diceretur , ut pote cum jam legatum ceſſiſſet ex ſupra dictis) cum adhuc caducariis legibus ſilentibus nondùm legatum ceſſiſſet , quod nullo unquam jure , aut privilegio cedere niſi poſt mortem teſtatoris potuit , nec ad Principis hæredem potuit tranſmitti , quare nec legatum vel penes hæredem maneret , vel fiſco vindicaretur , divi Antonini conſtitutione cautum eſt ejus ſucceſſori, non quidem hæreditatis , ſed imperii deberi , ut ſic ad proprium ejus patrimonium ſpectaret , & eo pretextu quaſi non tam perſonæ relictum crederetur , quàm dignitati , quæ perpetua eſt, argumento elegantis ad rem textus in *l. annua* 20. §. 1. *de annuis legatis.* Hinc Auguſta , cui legatum relictum eſſet , quamvis ſi poſt mortem teſtatoris deceſſiſſet , tanquam caducariis legibus ſoluta ad hæredem legatum tranſmiſiſſet, ſi tamen vivo adhuc teſtatore inter homines eſſe deſiiſſet , legatum , quod nec ad ejus hæredem etiam caducariis legibus ſecluſis tranſmitti , cum nondùm ceſſiſſet , nec ad eam , quæ imperii dignitate ſucceſſiſſet , poſſet pertinere , cùm illius dignitas utpote perſonalis , & pendens ex dignitate Principis mariti per obitum omninò expiret , ità viſus poſt hæc ſcripta Gonzalez in *cap. quoniam Abbas* 14. *de off. de leg. num.* 5. ne penes hæredem , à quo relictum fuit maneret , ex Divorum Adriani , & Antonini reſcriptis in quaſi caduci cauſâ fuit conſtitutum , & fiſco vindicatum. Hæc quiſquis cum traditis ab interpretibus , quos ſequitur Ramos *d. l.* 4. *reliq.* 35. *num.* 32. contulerit , circa explicationem textus in *dict. leg.* 56. & 57. *de legat.* 2. noſtram facilè operam agnoſcet.

29 Jam poſtquam vidimus legatum purè , vel ex die certâ relictum ad legatarii hæredem , vel poſt apertas tabulas . vel à morte teſtatoris tranſmitti pro capitis complemento , ſupereſt, ut

videamus, an ut agnitum, an vero ut agnoſcendum tranſmittatur, in quâ re diſcendum eſt legatum non ut agnitum, ſed ut agnoſcendum tranſmitti; & legatarii hæredem, qui poſt diem legati cedentem ante ejus tamen agnitionem deceſſit, repudiare legatum poſſe: expreſſi ſunt textus in *l. ſi mihi* 12. *in princ. l. legatarius* 38. *l. ſi fundum* 81. *§. ſi Titius* 6. *de legat.* 1. *l. ſi Titio* 55. *de legat.* 2. *d. l.* 11. §. 1. *ad Trebell.* junctis quæ dixi *num.* 14. & præter vulgarem juris regulam, quæ habet hæredem ejuſdem poteſtatis, juriſque eſſe; cujus fuit defunctus *l. hæredem* 60. *de reg. jur.* facit non inelegans exemplum ſui hæredis, qui etiamſi ſe non inmiſcuerit, paternam hæreditatem ad hæredem tranſmittit, non tamen ut irrevocabiliter quæſitam, ſed cum abſtenſionis beneficio, *l. ſi quis* 7. §. 1. *de acqu. hæred.* Spino *in ſpecul. teſtamenti gloſſ.* 33. *principali num.* 90. Pichardus in *lect. ad tit. de acquirit. hæred. cap.* 35. *num.* 5. *cum ſeq. vel à diſſertat.* 11. *hiſpal. num.* 36. *cum trib. ſeqq.* Hoc ipſum per argumentum ab ſpeciali probat ſingularis textus in *d. l.* 44. *ad Trebell.* ubi ſi poſtulante eo, cui teſtator libertatem, & fideicommiſſariam hæreditatem reliquerat, hæres ſuſpectam hæreditatem adierit & fideicommiſſarius ante reſtitutam ſibi hæreditatem hærede relicto deceſſerit, fideicommiſſarii hæres ideò fideicommiſſariam hæreditatem recuſare non poſſe dicitur, quia nec fideicommiſſarius eam poterat recuſare, ergo legatarii hæres legatum poterit repudiare, utpote quod legatarius ipſe poterat repudiare. Quod adeò verum eſt, ut legatarii hæres non minus, quàm ipſe legatarius legatum poſſit repudiare, nulla creditorum habita ratione, quin in eorum fraudem id facere intelligatur *l.* 1. *§. utrum* 6. *ſi quid in fraud. patron. l. quod autem* 6. *§. ſedet. illud* 4. *quæ in fraud. creditor*, junctis quæ latè docent Arias de Meſa *lib.* 2. *variar. cap.* 41. *per tot.* & D. Olea de *ceſſione jur. tit.* 2. *quæſt.* 3. *per tot.* Boleno *tit.* 5. *quæſt.* 37. *per tot.* Nec contrarium probat textus in *l. ſi partem* 19. §. 1. *quemadm. ſerv. amitt.* Ubi quod dicitur eum, qui antequam ſciret viæ ſervitutem ſibi legatam eſſe, fundum vendidit, jam repudiare legatum non poſſe, eâ nititur ratione, ſcilicet quia hoc ipſo quod fundum vendidit, ſervitutem ſibi quamvis ignoranti poteſtate legis acquiſitam in emptorem tranſtulerat, quam emptori ſimul cum fundo jam acquiſitam nonniſi fruſtrà legatarius repudiaret, ut adverſus Gachineum, *lib.* 6. *controverſ. cap.* 85. docet Schiphondegerus ad Anton. Fabrum. *tract.* 9. *quæſt.* 2.

31 Expendi etiam pro contrariâ opinione ſolet celebris textus in *l. liberto* 26. *de bon. libertor*, Ubi cum liberto octoginta habenti fundus quadraginta dignus legatus eſſet (quod quânam ratione præmittatur, rectè explicat D. Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 17. *num.* 9. *cum ſeq.*) & libertus poſt diem legati cedentem extraneo hærede inſtituto deceſſiſſet, Affricanus reſpondit poſſe patronum debitam partem vindicare, quia libertus centenarius deceſſit, nec referre, an inſtitutus hære: liberto relictum legatum repudiet, nec ne, nam etſi de lege falcidiâ quæratur, hujuſmodi legatum tametſi repudiatum in quadrantem hæreditatis debet legatariis imputari, ergo hæres legatarii, qui poſt diem legati cedentem deceſſit, in præjudicium patroni, aut legatariorum repudiare legatum non poteſt. Reſpondendum tamen eſt, quod licèt regulariter hæres legatarii, qui poſt diem legati cedentem deceſſit, nullâ creditorum habitâ ratione legatum poſſet repudiare; legati tamen repudiatio ab hærede facta debitam patrono partem diminuere non poteſt, quod quoad eam mortis tempus expectetur, *l.* 3. *§. ult. de bon. libertor.* & quemadmodùm auctâ poſt mortem liberti hæreditate, patroni portio non augetur *d. l.* 44. *§. ult. cod. tit.* ſic diminutâ hæreditate nec minuitur. Ex quâ etiam ratione, quia in falcidiâ patrimonii quantitas tempore mortis inſpicitur *d. l.* 73. *ad l. falcid.* repudiatio legati ab hærede facta efficit, quominùs legatarii integra legata conſequantur *l. ſi hæres* 90. *cod. tit.* quia quemadmodum aucta poſt mortem hæreditas legatariis non prodeſt, ſic nec diminuta debet nocere *d. l.* 73. *ad l. falcid.* ſic cum Cujacio, Duareno, Schiphondegero, & aliis docet Arias de Meſa *d. lib.* 2. *variar. cap.* 41. *num.* 20. *cum ſeqq.*

CAPUT SECUNDUM.

De legatis, quæ cedunt ab aditâ hæreditate.

CUm purè relicta legata, quæ ſtricto jure 1
cedere ante aditam hæreditatem non poterant propter tranſmiſſionis commodum à morte teſtatoris cedere ex benignitate receptum ſit, ut *præced. cap.* vidimus, infertur evidenter ea legata, quæ ad hæredem tranſmitti non poſſunt, non à morte teſtatoris cedere, ſed ab aditâ hæreditate, utpote ceſſante benignitatis ratione, quæ tranſmiſſionis lucro ſubnixa legatorum ceſſionem à morte teſtatoris induxit. Hinc legatum uſufructus ante aditam hæreditatem non cedit *l. unic. §. dies* 2. *& §. ult. quando dies uſusfr. leg. ced. l.* 1. §. 1. *quib. mod. uſusfr. amitt. l.* 2. *quando dies legat. l. un. §. libertatib.* 6. *verſ. excepto C. de caduc.* quia cum præcipuus finis, ſeu effectus ceſſionis in tranſmiſſione conſiſtat, & uſusfructus perſonalis ſervitus ſit, ac proinde intranſmiſſibilis *l.* 3. *§. ult. quib. modis uſusfr. amitt. cum ſimil.* nonniſi fruſtrà ante aditam hæreditatem cederet; ut ratiocinatur Ulpianus in *l.* 3. *quando dies legat. ced.* quod idem ex eâdem ratione in reliquis perſonalibus ſervitutibus, veluti uſu, & habitatione ſervatur *d. l.* 2. *cod. tit. dict. l. un. §.* 6. *quando dies uſufr. legat. ced.* docent Cujacius & Giphanius in *d. l. un. §.* 6. *C. de caduc.* Connanus *lib.* 8. *comment. cap.* 8. *num.* 6. Donellus *lib.* 8. *comment. cap.* 28. Oſualdus *lib.* 10. *comment. cap.* 20. *litt. C.* Hothomanus *lib.* 7. *obſerv. cap.* 2. Caſtillo *de uſufr. cap.* 8. *ex num.* 2. Unde facilè rejiciendus venit Antonius Faber, qui in *rationali ad textum in d. l. un. §.* 2. *quando dies uſufr. leg. ced.* exiſtimabat ideò legatum uſusfructus ante aditam hæreditatem non cedere, quia uſusfructus tanquam in utendi, & fruendi facto conſiſtens veram perſonam, quæ uti, & frui poſſit, deſiderat; argum. textus in *l.* 1. *§. Scævola* 15. *ſi is, qui teſtam. lib. eſſe juſſ.* quæ quidem ante aditam hæreditatem non datur, & quia non aliter uſusfructus conſtituitur, quàm ſi à proprietate abſtractus, & ſeparatus fuerit; hæc autem ſeparatio fieri ante hæredi-

Digitized by Google

tatem aditam non poteſt, cùm nec ante hæres proprietarius dici poſſit. Hujuſmodi oamque rationes eſſe prorsùs inefficaces ſic oſtendo; uſusfructus quia ex fruendi facto totus æſtimatur, veram quidem, & naturalem perſonam, in quâ radicetur, deſiderat, & fictæ jacentis hæreditatis perſonæ acquiri non poteſt *l. uſusfr. 26. de ſtipulat. ſervor. l. hæred. 61. §. 1. de acquir. rer. domin.* argum. textus in *d. l. 1. §. 15. ſi is qui teſtam. lib. eſſe juſſ.* verùm etiam ante aditam hæreditatem vera, & naturalis legatarii perſona exiſtit, in quâ jus utendi, & fruendi ſaltem in potentiâ jure ceſſionis poterat radicari, niſi propter deficiens tranſmiſſionis commodum ejus legati ceſſio ante aditam hæreditatem impediretur. Rursùs quamvis hæres ante aditionem proprietarius dici noo poſſit, hæreditas ipſa, dum jacet, proprietatis domina exiſtit, *l. liber homo 13. §. ſi ſervus 2. ad leg. Aquil. cum vulgatis;* poſſet igitur quàm optimè (ſi quidem per vindicationem legatus proponeretur, tunc enim abſque ullo hæredis facto ipſo jure conſtituitur, Paulus *lib. 3. ſentent. tit. 6. de legat. §. uſusfr. 16.* textus ſic intelligendus in *l. ſi quis 29. de uſufr. leg.* & conciliandus cum *l. 3. de uſufr. & l. 2. ſi uſusfr. pet.*) etiam ante aditam hæreditatem uſusfructus à proprietate ſeparari, ſi ſuprà expenſa ratio ejus legati ceſſionem uſque ad hæreditatis aditionem non differret. Fabrum decepit Ulpianus in *d. l. un. §. 2. quando dies uſusfr.* qui tamen meo judicio dum dixit, ideò purè legati uſusfructus diem ante aditam hæreditatem non cedere, quia tunc uſusfructus conſtituitur, cum quis jam frui poteſt, eandem rationem præſtat, quam paulò expreſſiùs tradit in *l. 3. quando dies leg.* quaſi diceret, etſi maximè purè legati uſusfructus dies ante aditam hæreditatem cederet, adhùc tamen legatarius uti, frui ante aditam hæreditatem non poſſet, legati namque ceſſio à morte teſtatoris contingens non petitionis, ſed tranſmiſſionis effectum operatur. Supervacua igitur, & intempeſtiva eſſet legati uſusfructus à morte teſtatoris ceſſio, quæ nec tranſmiſſionem, nec magis petitionem produceret, ac per conſequens tunc dies uſusfructus legati cedit, non quidem quoad tranſmiſſionem, cujus reſpectu numquam cedit *d. l. un. §. 6. C. de caduc.* ſed quoad petitionem, cùm legatarius uti, frui jam poteſt, quod ab aditæ hæreditatis tempore demùm contingit, ex quo uſusfructus per vindicationem legatus ipſo jure, aut per damnationem relictus facto hæredis intercedente conſtituitur, ut nuper indicavi.

2 Quæ tamen doctrina ex ſequentibus videtur everti: illud tamen legatum à morte teſtatoris cedere, & ad legatarii hæredem tranſmitti dicitur, quod certum eſt debitum iri, ſi adita fuerit hæreditas *l. ſi dies 21. §. 1. l. ſi Titio 22. §. 1. quando dies legat.* ſed uſusfructûs legatum purè relictum certum eſt debendum eſſe, ſi adita fuerit hæreditas; ergò & à morte teſtatoris cedere, & ad hæredem tranſmitti debet. Rursùs ratio illa benignitatis, quæ contra ſtrictum jus legatorum ceſſionem à morte teſtatoris induxit, ne ſcilicet hæres aditioni hæreditatis moram faciens damnum inferret legatariis *d. l. 7. quando dies leg.* in uſufructu etiam tranſmiſſiooe legato verſatur, quamvis etenim hæres aditioni moram faciens legati uſusfructûs tranſmiſſionem impediiſſe dici non poſſet, quæ nec poſt aditam hæreditatem contingeret, tamen præjudicium infert legatario circa fructus, quos percipere potuiſſet, ſi mora aditioni facta non fuiſſet; ergò adhùc deficiente tranſmiſſionis commodo propter fructuom utilitatem, uſusfructûs purè legati dies debet à morte teſtatoris cedere. Neutra tamen ex his difficultatibus ſuperiorem offendit doctrinam; non prima, regula etenim, quæ habet illud legatum à morte teſtatoris cedere, & ad legatarii hæredem tranſmitti, quod certum eſt debitum iri, ſi adita fuerit hæreditas potiùs evincit uſusfructus purè legati diem ante aditam hæreditatem non cedere, cùm incertum omninò ſit, an hujuſmodi legatum ab aditâ hæreditate debendum ſit, poteſt enim legatarius ante aditam hæreditatem decedere, quo caſu legatum extinguitur, quia etſi jam legatus uſusfructus ceſſiſſet morte legatarii penitùs extingueretur, nec ad ejus hæredem tranſiret argumento textus in *l. Sempronius 26. in fin. princ. de uſufr. legat.* juncto ibi Cujacio *ad Pandect.* Non etiam ſecunda, nam æquitatis ratio, quæ legatorum ceſſionem à morte teſtatoris induxit tota tranſmiſſionis commodo nititur *d. l. 7. in princ. & §. 1. quando dies leg.* Sola autem fructuum utilitas, quæ circa legatum uſusfructus verſatur non efficit, ut legatum cedat à morte teſtatoris, nec ex eo legatarius periclitatur, quia etſi legatum uſusfructus ante aditam hæreditatem adierit fraudulento eo conſilio, ut ad legatum tardiùs perveniretur, legatarius conſequitur, quanti ſua intereſt, idem commodum fructuum, quos percepiſſet, ſi hæres datâ operâ hæreditatis aditionem non protraxiſſet *l. ſi uſusfr. 35. in princ. de uſufr. l. ſi uſusfr. 6. de uſufr. legat.* argumento textus in *l. quæſitum 37. de uſufr. l. 3. §. ſi quis hæredi 11. de ſtatu liber.* Et ſimiliter ſi cum hæres dolo malo aditionem hæreditatis diſtulerit, legatarius interim deceſſerit, ejus hæredi in eo ſuccurritur, ut fructus, quos legatarius percepiſſet, ſi aditioni mora facta non fuiſſet, conſequatur; argument. textûs in *l. qui uſumfr. 36. §. ult. verſ. cui illud de uſufr.*

3 Nec ſolùm uſusfructûs legati dies ante aditam hæreditatem non cedit, ſed nec actio de uſufructu, ut ait Ulpianus in *d. l. un. §. ult. quando dies uſusfr. leg. ced.* quæ quidem aſſertio ex eo difficillima redditur, quod dum docet ex causâ legati uſusfructûs actionem ante aditam hæreditatem non cedere, ſupponere videtur ex alterius tranſmiſſibilis legati causâ actionem, non expectatâ hæreditatis aditione, ſtatim à morte teſtatoris cedere, cum tamen certum ſit etiam ex causâ tranſmiſſibilis legati, quod à morte teſtatoris cedit, actionem ante aditam hæreditatem non cedere ex defectu obligationis, quæ incipit ex tempore aditionis hæreditatis *d. l. 40. de oblig. & act.* junctis quæ dixi *ſuperiori cap. num.* 1. Quibus non obſiſtit difficilis textus in *d. l. 26. verſ. & de uſufr. legat.* ubi ex eo quod dies legati ceſſerit, infert Paulus debitum jam eſſe legatum, quod & credidit Cujacius *ad Pandect. in eo textu*; nos reſpondere poſſe exiſtimo Paulum non ſimpliciter, & abſolutè debitum jam eſſe legatum, cujus dies ceſſit, aſſerere, ſed adjectâ improprietatis notâ, quaſi debitum intelligi, eodem ſcilicet ſenſu, quo hæreditariarum actionum loco

legata haberi reſpondet in *d. l. 40. de oblig. & act.* quæ jam expoſui *præced. cap. num. 7.* vel etiam loqui de legato ex die certâ relicto, & ab aditâ hæreditate etiam ante diem venientem deberi meritò docet, quod ipſa textus ſeries perſuadet, in quâ adita primùm hæreditas ſupponitur, & poſtmodum deberi legatum dicitur. Nec contrarium ſibi voluit Ulpianus in *d. l. un. §. ult.* qui non ideò aſſeruit nec uſumfructum legatum, nec de eo actionem ante aditam hæreditatem cedere, ut ſignificaret ex tranſmiſſibilis legati causâ actionem ante aditam hæreditatem competere, ſed potiùs ut doceret quoad ceſſionis cauſam nihil intereſſe, an per vindicationem, an verò per damnationem ſit uſusfructus relictus, ità ut nec ex causâ legati vindicationis uſusfructus, nec ex causâ legati damnationis, perſonalis de uſufructu actio ante aditam cedat hæreditatem, & legatarius antè decedens nec uſumfructum nec magis de eo actionem ad hæredem tranſmittat, ad differentiam tranſmiſſibilis legati, ex cujus causâ quodammodo à morte teſtatoris ex teſtamento actio cedere videtur, cum ex eo tempore quaſi debitum legatum quoad tranſmiſſionis effectum intelligatur *d. l. 26. verſ. & ideò de uſufr. legat. d. l. 40. de oblig. & act.*

4 Pendet ex his, quod ſi uſusfructus, vel alia quælibet perſonalis ſervitus filiofamilias, vel ſervo legetur, patri, vel domino legatum non acquiritur, ſi ante aditam hæreditatem filius, vel ſervus deceſſerit *l. ſi habitatio 9. quando dies leg. ced.* quia legatum filio, vel ſervo relictum, quamvis ubi ſemel ejus dies ceſſerit, ad patrem, vel dominum pertineat, etſi perſonalem ſervitutem contineat *l. filiofam. 17. de uſu & habit. cum vulgat.* ante ceſſionem tamen, quia naturalem dumtaxat habet conſiſtentiam, cujus capax eſt filius, vel ſervus, non in patris, aut domini, ſed in ipſius filii, aut ſervi perſonâ conſiſtit *l. debitor 81. §. ſervo 2. de legat. 2. l. etſi maximè 5. de ſervitute legatâ, l. legatum 21. de adimp. legat.* junctis quæ tradunt Cujacius *lib. 10. quæſt. Paul. in d. l. 82. & lib. 16. quæſt. Papin. d. l. 5.* Amaya *lib. 1. obſerv. cap. 1. per tot.* Cheſius *lib. 1. interpret. cap. 2. ex num. 19. & lib. 2. cap. 16. per tot.* D D. Laurentius Santos de S. Pedro in *M S. ad tit. 4. reg. Licinii Rufini in d. l. 21. de adim. leg.* Et cum legatum uſusfructus, aut perſonalis alterius ſervitutis ante aditam hæreditatem non cedat filio, vel ſervo relictum ante aditionem hæreditatis non in patris, aut domini, ſed in filii, aut ſervi perſonâ conſiſtit, ac proinde filio, aut ſervo ante aditam hæreditatem decedente omninò extinguitur, nec ad patrem, vel dominum pertinet, cui nec acquiri priùs quam cederet, potuit; nec magis poſt aditam hæreditatem, cum jam filius, vel ſervus deceſſerit, per cujus perſonam patri, aut domino erat acquirendum. Hoc ipſum à ſimili ex eo confirmatur, quod filiusfamilias, vel ſervus hæres ab extraneo inſtitutus, ſi quidem juſſu patris, aut domini hæreditatem adierit, ſic hæreditatem acquirit *§. item 3. inſt. per quas perſon. nob. acquir. l. acquiruntur 10. §. 1. de acquir. rer. dom.* ſi verò ante aditam hæreditatem deceſſerit, pater, vel dominus commoda hæreditatis amittit, diſerti textus in *l. inde Neratius 23. in princ. ad l. Aquil. l. 3. de condict. furtiv. l. ſi quis uxori 52. §. ſi ſervus 28. de furtis*, quia cum hæreditas ante aditionem non acquiratur, inſtitutio non in patris, aut domini, ſed in filii, aut ſervi perſonâ conſiſtit *l. qui liberis 8. §. 1. de vulgar.* Nec filius, aut ſervus patri, aut domino ante aditionem hæreditatis acquirit *l. pretia 63. in princ. verſ. etenim abſurdum ad l. falcid.* pro cujus explicatione videndus omninò erit D. Joannes Suarez de Mendoza *lib. 1. ad l. Aquil. cap. 4. ſect. 1. ex num. 7.* & ſic filio, vel ſervo ante aditionem decedente, inſtitutio evaneſcit, nec patri, vel domino ſpes aliqua ſupereſt, ſimiliter ergo quia uſusfructus, aut alterius ſervitutis perſonalis legatum ante aditam hæreditatem non cedit filio, vel ſervo, cui relictum fuerit, ante aditionem hæreditatis decedente extinguitur, nec jam ad patrem, vel dominum pertinet *d. l. 9. quando dies leg. ced.* ubi eandem rationem affert Ulpianus, quam hactenus illuſtravi.

Ex his etiam infertur, quod ſi filiofamilias, 5 aut ſervo uſusfructus, aut alterius perſonalis ſervitutis legatum relictum ſit, & ante aditam hæreditatem filius, aut ſervus ſui juris factus ſit, legatum apud patrem, vel dominum non relinquitur, ſed ad filium, aut ſervum ſui juris factum ſpectat *l. ſi poſt diem 5. §. ult. verſ. ſed ſi uſusfr. quando dies leg. ced.* quia ubi de legati filio, aut ſervo relicti acquiſitione tractatur, cedentis legati tempus expectatur, ita ut vel ei, in cujus poteſtate cedentis legati tempore fuerit legatarius, vel ipſi legatario jam ſui juris facto acquiritur *d. l. 5. §. ult. quando dies leg. ced.* & cum legatum perſonalis ſervitutis ante aditam hæreditatem non cedat, filio, vel ſervo relictum, ſi quidem ante aditam hæreditatem, & ſic ante diem cedentem filius, aut ſervus juris ſui factus ſit, non ad patrem, vel dominum, ſed ad ipſum legatarium ſui juris factum ſpectat, quemadmodum & ex eâdem ratione, quia hæreditas nonniſi per aditionem acquiritur, filiusfamilias, aut ſervus ab extraneo hæres inſtitutus ei, in cujus poteſtate aditionis tempore fuerit, hæreditatem acquirit; ſi vivo teſtatore, vel poſt mortem ejus, antequam adeat, ſui juris factus inveniatur, ſibi hæreditatem acquirit *l. ſi ſervus autem 1. verſ. 82. de acquir. hæred. l. cum quidam 26. de jur. fiſci §. ſervus autem 1. verſ. alienus inſtit. de hæred. inſtit.* Quod & poſſet anniti, & condicionalis legati exemplis comprobari, quæ ſuis locis opportuniùs exponemus.

Deſcendit etiam ex ſuperioribus, quod licèt 6 legatum rei tranſmiſſibilis ex die certâ relictum etiam ante diem venientem ſtatim à morte teſtatoris cedat, ut dixi *anteriori cap. num. 25.* uſusfructus tamen, aut perſonalis alterius ſervitutis legatum ex die certâ relictum adhuc poſt aditam hæreditatem ante diem non cedit *d. l. un. §. item ſi ex die 3. §. ult. quando dies uſusfr. leg. ced. d. l. 5. §. 1. verſ. niſi fortè quando dies leg. ced.* quia cum perſonalis ſervitus ſit intranſmiſſibilis nonniſi fruſtrà ejus legatum adhuc poſt aditam hæreditatem ante diem venientem cederet, cum etſi maximè ceſſiſſet, periri tamen ante diem venientem non poſſet, & ſic dies certus uſusfructus legato, aut ſtipulationi adjectus conditionis vicem gerit, docet Antonius Faber

in rationali ad textum in d. l. un. §. 3. *& ult.* Ant. Gomez 2. *variar. cap.* 11. *num.* 21. Oſvaldus *lib.* 15. *comment.* Donellus *cap.* 11. *lit.* C. Hinc facilè exponendus eſt textus in *l.* 1. §. 1. *quib. mod. uſufr. amitt.* Nam conſultus irà diſtinguit, uſusfructus purè legatus cedit ab aditâ hæreditate; ex die autem certâ relictus ante diem venientem non cedit. Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 2. *quando dies leg. ced.* ubi poſtquam dixit Ulpianus purè legatum uſumfructum ante aditam hæreditatem non cedere, idem dicendum eſſe ſubjungit, ſi ex die certâ relictus ſit, quaſi ſentiat uſumfructum ex die certa relictum etiam ante diem venientem cedere ab aditâ hæreditate; nam ex mente Goffredi in eo textu *num. ult.* & Antonii Fabri in *rationali ad text. in d. l. un.* §. 3. reſpondeo Ulpianum non aſſerere uſumfructum ex die certâ relictum cedere ab aditâ hæreditate, ſed ſolum ante aditam hæreditatem non cedere, ut doceret, quod etſi ante aditam hæreditatem dies venerit, non ideò uſusfructus ante aditam cedit hæreditatem, conditionalis legati exemplo quod licèt vivo adhuc teſtatore conditio extiterit, ante mortem tamen non cedit, uſusfructus itaque ſivè purè, ſivè ex die certa relicti dies non ante cedit, quàm veniat; ideſt non ante cedit, quàm peti poſſit; unde ſubtiliter non minùs, quàm verè ſubtiliſſimus inſert Goffredus in *d. l.* 1. *quando dies leg. ced. n.* 1. *&* 2. quando licèt rei tranſmiſſibilis legatum in pupillaribus tabulis relictum à morte patris cedat adhuc vivo pupillo *d. l.* 1. *d. l.* 7. §. *tantundem* 4. *cum ſeq. quando dies legat.*, uſusfructus tamen legatum in pupillaribus tabulis purè relictum nec à morte, nec ab aditione paternæ hæreditatis cedit, ſed ab adita demùm pupilli hæreditate, quia non ante cedit, quàm peti poſſit, peti autem non à patris, ſed à pupilli hæreditate poteſt, argum. text. in *l. teſtam.* 25. *de manumiſſo teſtam.*

Hinc difficillimus redditur textus, quem non-
7 dum ſatis explicui in Academ. de die certo *cap.* 2. *num.* 28. noviter nunc exponendus in *d. l.* 1. §. *ſi ſibi fundus quib. mod. uſufr. amitt.* ubi ſi is, cui fundus ex die legatus ſit, uſumfructum reſtituere rogatus ſit, & intra diem fundi legato inſertum, fideicommiſſarius capite minutus ſit, ex benignitate ſalvum habere uſumfructum dicitur, dummodò ante diem reſtitutus ſit, Tum ſic, quamvis fideicommiſſum rei tranſmiſſibilis ab hærede, vel legatario conditionali relictum purum ſit, & cedat à morte teſtatoris *l. cum ſine præfinitione* 19. *cum ab eo l. ſi dies* 21. §. 1. *quando dies leg. ced.* uſusfructus tamen fideicommiſſum purè à legatario conditionali, vel ex die certâ relictum conditionale eſt, nec adhuc poſt aditam hæreditatem ante diem venientem, aut conditionem exiſtentem cedit, cùm nec ante peti poſſit exemplo legati uſusfructus in pupillaribus tabulis relicti, ſed capitis diminutio ante diem uſusfructus cedentem contingens uſumfructum non perimit *d. l.* 1. §. 1. *quib. mod. uſumfr. amitt.* ergo fideicommiſſarius intra diem fundo legati inſertum capite minutus non ex benignitate ſolùm ſalvum habet uſumfructum; ergo uſusfructus fideicommiſſum ante cedit, quàm peti poſſit, ac per conſequens uſusfructus legatum in pupillaribus tabulis relictum cedit ab adita hæreditate patris, quamvis ante aditam hæreditatem pupilli non poſſit. Agnoviſſe difficultatem videtur Anton. Faber in ejus textus *rationali*, quem ſequitur D. Ramos *ad tit. de reb. cred. cap.* 2. *num.* 15. quo tamen omiſſo, reſpondendum exiſtimo uſusfructus fideicommiſſum purè relictum, ab eo, cui fundus ex die legatus eſt, communi jure ante diem legati fundi venientem non cedere, quia nec ante peti poteſt, cùm nec legatarius nec ante diem legatum poſſit agnoſcere *l. ſi ita ſcriptum* 45. §. 1. *de legat.* 2. nec ante agnitionem à fideicommiſſario conveniri, ac proinde capitis diminutionem intra diem legati fundi fideicommiſſario contingentem communi jure uſumfructum non perimere; nec id Ulpianum negare in *d. l.* 1. §. 2. qui non ideò benignitatis meminit, quaſi contrarium ſtricta juris ratio ſuaderet, ſed ut doceret commune hoc jus, quod inducit, ut uſusfructus legatum, aut fideicommiſſum non ante cedat, quàm peti poſſit, benignitatem quandam præferre in legatarii, aut fideicommiſſarii favorem, cujus maximè intereſt, hujuſmodi legatum, aut fideicommiſſum non ante cedat, quàm peti poſsit, ceſſio etenim ſi quæ ante contingeret, nec tranſmiſſionis, nec petitionis commodo deſerviret, imò damnoſa ipſi legatario, aut fideicommiſſario exiſteret, illum etenim & unicum effectum produceret, ut poſt diem legati cedentem capite diminutus legatarius, aut fideicommiſſarius uſusfructus ſpem prorſus amitteret; ſtricto autem, eodemque favorabili, & hoc ſenſu benigno jure poſito, quo uſusfructus relicti dies non ante cedit, quàm veniat, contingens interim capitis diminutio ſpem uſusfructus non perimit.

Quæ de legato uſusfructus, & habitationis di- 8
ximus, ſimiliter in cujuſlibet alterius perſonalis ſervitutis legato procedunt, quod tanquam intranſmiſſibile ab adita cedit hæreditate, ut in terminis textus in *l. ſi quis unas* 32. *de uſufr. l. pecoris* 4. *vers. ſi tamen l. pater* 6. *de ſervit. legat. l. penult. de ſerv. ruſt. præd. l. eum ſervus* 39. §. *ſi quis alicui* 4. *de legat.* 1. *l. Meta* 14. §. *ult. verſ. nam & hauſtus aquæ de alimentis*, junctis quæ pro eorum jurium explicatione tradunt Cujac. *lib.* 2. *reſponſ. Papin. in d. l.* 4. *de ſervit. ruſt. & ad pandec. l.* 1. *eod. tit.* & in *d. l.* 6. *de ſerv. legat.* Donellus *lib.* 11. *comment. cap.* 7. & ibi Oſualdus *d. l. E.* Pinellus *lib.* 2. *ſelect. cap.* 11. *num.* 11. Bachovius, Vinnius, & Pichardus in §. *inter* 2. *inſt. de ſerv.* idem de alimentorum legato dicendum eſt, quod tanquam perſonale, & intranſmiſſibile ab adita cedit hæreditate, ut per argumentum à contrario ſenſu probat textus in *l.* 4. *de alim. legat.* Ex eâdem ratione quamvis liberationis ſivè perpetuæ, ſivè temporalis legatum ſiquidem in re collocatum ſit, à morte teſtatoris cedat, & ad hæredem tranſmittatur *l. non ſolum* 8. §. 1. *ſi verba* 4. *l. ſi quis* 15. *de liberat. legat*, ſi tamen in perſonam conferatur, quia ad hæredem tranſmitti non poteſt, *d. l.* 8. §. *tal.* 3. *l. Aurelio* 20. *in princ. de liberat legat.* ante aditam hæreditatem non cedit. Nec his opponitur textus in *d. l. un.* §. 6. *verſ. excepto C. de caduc.* ubi uſusfructus legatum ab adita hæreditate cedere docet Juſtinianus, nec tamen idem de alterius rei intranſmiſſibilis legato affirmat, nam ut præviderunt Cujacius, & Giphanius in *eo textu*, dum imperator uſusfructus legatum dixit ante aditam hæreditatem non cedere, hoc ipſum de perſonalis alterius ſervitutis, aut

cujuſlibet

cujuſlibet rei intranſmiſſibilis legato ſenſiſſe dignoſcitur, eum cà ratione circa uſum-fructum uſus fuerit, ſcilicet quia ad hæredem tranſmitti non poteſt, quæ in reliquis perſonalibus ſervitutibus, & rebus aliis intranſmiſſibilibus non minus, quàm in uſufructu verſatur.

Hinc teſtamento relicta libertas ut potè perſonæ
9 cohærens, & intransmiſſibilis ab adita cedit hæreditate, *l. nam cum libertas* 8. *quando dies leg. ced. l. teſtam.* 23. §. 1. *de manum. teſt. l. fratres* 33. *de pœnis. d. l. un.* §. 6. *C. de caduc.* Cujac. *lib. 7. reſponſor. Papin. in l. cum filius* 76. §. *ſervus* 4. *de legat.* 2. *& in d. l. un* §. 6. Si tamen hæres datâ operâ tardius hæreditatem adierit, ut qui nati eſſent ex ancilla, cui directa, vel fideicommiſſaria libertas relicta fuerat, ejus ſervi fierent, natis circa libertatem per prætorem ſubvenitur, ut videre eſt in *l. ſi quis rogatus* 53. §. 1. *& in l. ſed & ſi* 55. §. 1. *de fideicommiſſ. libert.* junctis quæ circa legatum uſufructus *n.* 2. dixi. Similiter & ex die certa relicta libertas ante diem non cedit, & certa dies libertati adjecta, ejus ceſſionem adinſtar conditionis ſuſpendit, quia cum perſonalis, & intranſmiſſibilis ſit, non prius cedit quam competat *l. ſed ſi non ſevus* 36. §. *ult. ad l. falcid. d. l.* 23. §. 1. *de manu. teſt. l.* 1. §. *ſi ex die* 5. *fidei. lib.* junctis quæ dixi in Academ. *de die certo diſp.* 2. *num. ult.* quâ ratione in pupillaribus tabulis relicta libertas ante aditam pupilli hæreditatem non cedit, argum. textus in *d. l.* 23. *de manum. teſtam.* Inde etiam ſervus ex die, vel ſub conditione liber eſſe juſſus, ſtatus liberi cauſam ab adita demùm hæreditate nanciſcitur, ita ut ex eo tempore per alienationem, uſucapionem, aut manumiſſionem libertatis ſpes non infringatur *l.* 2. *in princ. l. ſtatumliberum* 9. §. *ult. de ſtatu libero*, quod ſtricta juris ratio exigit, quæ non patitur, ut ante ſtatum libertas incipiat, quàm purè relicta libertas competat, & quodammodo à morte teſtatoris incipiat, & per uſucapionem ante alienationem hæreditatis contingentem ſtricto jure extincta libertatis ſpes, adita poſtmodùm hæreditate inſtauretur *d. l.* 9. §. *ult. de ſtatu liber.* ex quo & illud deſcendere exiſtimo, quòd ſervus in pupillaribus tabulis, vel purè, vel ſub conditione liber eſſe juſſus, quamvis ſtricto jure ante aditam pupilli hæreditatem ſtatu liber dici non poſſit, propter libertatis tamen favorem ab adita hæreditate patris ſtatuliberi cauſam conſequitur, *d. l.* 2. §. 1. *l. in tabulis* 36. *de ſtatu liber.*
10 juncto ibi Cujacio *lib.* 2. *definit. Papin.* Aliud legati exemplum, quod quia ad hæredes tranſmitti non poteſt, ante aditam non cedit hæreditatem, extat in *l. ea eſt natura* 65. *de reg. jur.* D. Didacus de la Serna *ad tit. de acqu. hæred. illat.* 5. *n.* 7.

Teſtamentaria itidem tutela quia perſonalis eſt, & intranſmiſſibilis, *l. tutel.* 16. §. 1. *de tutelis*, ab adita cedit hæreditate, ut docent Bachovius, & Goffredus in *l. ſi nemo* 9. *de teſtament. tutel.* Cujac. *lib.* 15. *quæſt. Papin. in l.* 3. *de reg. Caton.* quorum ſententia probatur ex *l. ſi hæreditas* 10. *in princ. de teſtamentar. tutel.* & ex §. 1. *inſt. de Atilian. tutor.* in quibus ſi adita non ſit hæreditas, ex qua tutor ſperatur; interim alius tutor à Magiſtratu dandus dicitur, ergo teſtamentaria tutela ante aditam hæreditatem non cedit, alioquin etiam nondum adita hæreditate pupillo tutorem jam habenti ex teſtamento tutor alius dari à Magiſtratu non poſſet. Idem evincit textus in *l.* 2. *in princ. de excuſat. tutor.* ubi ad hoc ut teſtamentarius tutor propter ætatem à tutela poſſit excuſari, exigitur, quòd aditæ hæreditatis, aut adimpletæ conditionis tempore ſeptuaginta annos exceſſerit, tunc ſic, ideò ubi tutor ſub conditione teſtamento datus eſt, ætatem ad excuſationem requiſitam exiſtentis conditionis tempore impletam jam eſſe oportet; quia ſub conditione data tutela ab exiſtentia conditionis cedit; ergo ideò etiam purè datum tutorem aditionis hæreditatis tempore præſcriptam ad excuſationem ætatem jam exceſſiſſe requiritur, quia purè data tutela cedit ab adita hæreditate. Hoc ipſum confirmat textus in *l. ſi is qui* 31. §. 1. *eod. tit. de excuſ. tutor*, ubi docet Paulus; quod ſi ei, qui trium tutelarum onera ſuſtinebat, duæ aliæ tutelæ duobus teſtamentis injunctæ ſint, & ex tribus prioribus tutelis aliqua finita ſit ante excuſationem à quarta propoſitam, quæ ex poſterioribus duabus prior defertur, in locum tertiæ deficientis ſuccedit, & ab ea ſolùm, quæ ex alio teſtamento defertur; excuſatio locum habet, dubitat mox conſultus, ex quo tempore teſtamentaria tutela deferri intelligitur? & reſpondet, quod licet ſuo ſæculo ex ſenatusconſultis ad legem Papiam factis legatorum dies ab apertis tabulis teſtamenti cederet, ut latè vidimus *præced. cap. ex num.* 15. teſtamentaria tamen tutela non ab apertis tabulis, ſed vel ab aditionis hæreditatis, vel exiſtentis conditionis tempore prout ſcilicet purè, vel ſub conditione data fuerit, cedit, & defertur tum quia ſenatuſconſulta ad legem Papiam facta ad legata ſolùm pertinent, nec ad omnia ſed ad ea, quæ antea à morte teſtatoris cedebant, teſtamentaria autem tutela ante aditam hæreditatem numquam ceſſit; tum quia ſenatuſconſulta in fiſci compendium lata fuerunt, ex tutela verò nullam fiſcus poterat utilitatem ſperare, ergo teſtamentaria tutela ante aditam non cedit hæreditatem, ut ex hoc textu rectè deducit Cujacius ibi *lib.* 6. *quæſt. Papin.* Illud denique pro eâdem ſententiâ facit, quòd in eis ultimæ voluntatis ſpeciebus, quæ purè relictæ tanquam perſonales, & intranſmiſſibiles ante aditam hæreditatem non cedunt, dies certus conditionis vicem gerit, & earum ceſſionem inſtar conditionis ſuſpendit, ut de uſufructu legato, & libertate dixi *num.* 6. *& num. præced.* ſed dies certus teſtamentariæ tutelæ adſcriptus ejus ceſſionem ad ſimilitudinem conditionis remoratur *l. ſi quis ſub condit.* 11. *de teſtam. tutel. d.* §. 1. *inſt. de Atilian. tutor.* junctis quæ dixi in *Acad. de die certo cap.* 2. *n.* 9. ergo purè data tutela teſtamentaria cedit ab adita hæreditate.

Ex contrario tamen teſtamentariæ tutelæ diem 11
etiam ante aditam hæreditatem à morte teſtatoris cedere enixè defendunt Anton. Faber *in Papin. tit.* 14. *qui teſtam. tutor. dari poſſ. princ. illat.* 20. & eum ſecutus Oroz. *lib.* 1. *de apicibus cap.* 11. *per tot.* qui ex ſequentibus moventur, ſi nondùm ſit adita hæreditas ex teſtamento, quo tutela data fuit, interim alius quidem tutor à Magiſtratu datur eo tamen colore, quaſi nondùm tutor quiſquam ſit, nec ſperetur *d. l.* 10. *in princ. de teſtament. tutel.* & tutor, interim à Magiſtratu datus adita poſteà hæreditate ſtatim tutor eſſe deſinit, *dict.* §. 1. *inſt. de Atilian. tutor.* ergo teſtamentarius tutor ex tempore mortis teſtatoris tutor fuiſſe retrò fingitur, & à Magiſtratu datus tutor ſecuta

hæreditatis aditione tutor numquam fuiſſe retro creditur, cùm Magiſtratus tutorem ad tempus dare non poſſit *l. muto 6. §. 1. de tutel. l. actus legitimi 77. de reg. jur.* ac per conſequens teſtamentariæ tutelæ dies à morte teſtatoris cedit, alioquin ſi ab aditâ hæreditate cederet, præfatis fictionibus, & coloribus locus non eſſet. Ulteriùs teſtamentaria tutela non ab hærede, ſed ab ipſo teſtatore proficiſcitur *l. tutores 7. de teſtament. tutel.* quia eſt veluti quædam patriæ poteſtatis protogatio *l. impuberi 40. de adminiſtr. tutor.* Cujus vi junctâ juris poteſtate pattia poteſtas quodammodo à morte patris uſque ad pupilli pubertatem protrahitur; ergò ſtatim à morte teſtatoris cedit, alioquin patriæ poteſtatis continuatio locum non haberet, ſi per intermedium jacentis hæreditatis tempus interrumperetur. Rursùs Catonis regula ad ea non pertinet, quæ cedunt ab aditâ hæreditate *l. 3. de reg. Caton.* & tamen ad teſtamentariam tutelam ſpectat *l. teſtam. 21. de teſtament. tutela*; ergò teſtamentariæ tutelæ dies cedit à morte teſtatoris, non ab aditâ hæreditate. Denique expendunt textum in *l. penult. de teſtament. tutel.* ubi quoad teſtamentariæ tutelæ dilationem non aditionis hæreditatis, ſed mortis teſtatoris tempus expectatur. Ex quibus concludit A. Faber teſtamentariam tutelam à morte teſtatoris non quidē cedere, ſed deferri, nam ſi propriè loquendum ſit, numquam cedit, cum ſit onus, & incommodum, ſuſcipi tamen dici poteſt, non acquiri: igitur à morte teſtatoris non quidem cedit, ſed defertur.

12 Sed veriorem adhuc ſententiam cenſeo, quæ tenet teſtamentariam tutelam non à morte teſtatoris, ſed ab aditâ hæreditate cedere, aut deferri, quod idem eſt, nam licèt tutela quoad petitionem, aut acquiſitionem non cedat, cedit tamen ad hoc, ut ex tunc tutori onus adminiſtrationis adjungat. Hæc aſſertio fulcita ſatis manet *num.* 10. quamvis nonnulla, quæ pro eâ expendimus fundamenta evertere fruſtrà conetur Antonius Faber *ubi ſuprà*; cujus ſubtilibus ſanè ſubtilitatibus ex præjactis in præſenti commentario principiis occurrere quilibet poterit. Nec in contrarium adducta refragantur. Primum quippe fundamentum ſic in ipſos adverſarios retorqueo. Si teſtamentariæ tutelæ dies à morte teſtatoris cederet, adhuc jacente hæreditate popillo tanquam teſtamentarium tutorem non habenti tutor alius à magiſtratu dari non poſſet, ſed jacente hæreditate à magiſtratu tutor datur; ergò teſtamentariæ tutelæ dies ante aditam non cedit hæreditatem. Nec ad hoc, ut jacente hæreditate tutor à Magiſtratu dari poſſit, fictionibus opus eſt, quas comminiſcitur Antonius Faber; nam tota ratio, propter quam Magiſtratus regulariter uſque ad tempus tutorem dare prohibetur in eo ſiſtit, ne alioquin poſt tempus indefenſus exiſteret pupillus, quæ ceſſat, ubi jacente hæreditate à Magiſtratu tutor datur, finitâ etenim dativâ tutelâ per aditionem hæreditatis, teſtamentaria incipit. Nec aliud docet Conſultus in *d. l. 10. de teſt. tut.* qui ſolùm aſſerit jacente hæreditate perinde à Magiſtratu tutorem dari poſſe, ac ſi nondum tutor ſperaretur, quaſi dicat teſtamentum tutoris ſpē legitimam quidem tutelam excludere, dativam verò interim non excludere *d. l. 11. de teſtam. tutel.*

13 Nec etiam obeſt ſecundum fundamentum, nam quod dicitur in *d. l. 7. eod. tit.* teſtamentariam tutelam non ab hærede, ſed ab ipſo teſtatore protinùs proficiſci eò pertinet, ut tutela nullum hæredis factum deſideret, & abſque ejus præſtatione ab ipſo teſtatore proficiſcatur ad differentiam legati etiam per indicationem relicti, quod hæredis factum requirit, hinc & ipſe hæres tutor dari poteſt *d. l. 7.* cum tamen hæredi à ſemetipſo legatum nonniſi inutiliter relinquatur *l. legatum 116. §. 1. de legat. 1.* inde & poſt mortem hæredis tutor teſtamenti rectè datur *d. l. 7.* cum tamen Pandectarum jure legatum poſt mortem hæredis non rectè relinqueretur *§. poſt mortem 35. inſtit. de legat.* Hinc etiam licèt legatum, quia hæredis factum expoſcit, per nudam ſui hæredis exiſtentiam abſtenſione ſecutâ non confirmetur *l. 1. §. ult. ne in poteſtate legati*; teſtamentaria tamen tutela ad inſtar eorum omnium, quæ ſolam teſtamenti confirmationem abſque hæredis facto deſiderant, per nudam ſui hæredis exiſtentiam etiam abſtenſione ſecutâ confirmatur argum. textus in *l. ſi filius 12. de vulgar. l. filius 41. de acquir. hæred. l. ſciendum 32. de manum. teſtam.* juncto Valeotia *lib. 3. illuſtr. tract. 3. cap. 7. num. 15.* Ex eo autem, quod tutela abſque ullo hæredis facto ab ipſo teſtatore proveniat, non evincitur ejus diem à morte teſtatoris cedere, nam & directa libertas abſque ullo hæredis facto ab ipſo teſtatore proficiſcitur *§. libertas 2. verſ. at is qui directò inſt. de ſingul. reb. per fideicom. rel.* quæ tamen ante aditam non cedit hæreditatem, quod ſic oſtendo; quemadmodum hæres ipſe tutor dari poteſt, ſic & ſervus cum libertate rectè hæres inſtituitur, & licèt cohæredem habeat, à ſemetipſo, non à cohærede libertatem accipere dicitur *l. ex parte 58. de acqu. hæred.* Et ſicuti poſt mortem hæredis tutor dari poteſt, ſic & poſt mortem hæredis ſervo ſtricto adhuc jure directa libertas relinquitur *l. peculium 65. §. ult. de legat. 2. l. qui duos 18. in princ. de manum. teſtam.* ad fideicommiſſariæ libertatis differentiam, quæ quia hæredis factum deſiderat, ſtricto quidem jure poſt hæredis mortem Pandectarum jure inutiliter relinquebatur juxta deſperatum alioquin Ulpiani fragmentum, quod ſic accipiendum exiſtimo *tit. 1. de libert. §. poſt mortem 12.* benignitatis tamen ratione ſuſtinebatur, argum. text. in *l. ſi idem 14. §. 1. de legat. 2.* exemplo pecuniarii fideicommiſſi *d. §. 35. inſt. de legat. junctà l. Paulus 39. de fideicom. liber.* & denique ad inſtar tutelæ directa etiam libertas per nudam ſui hæredis exiſtentiam adhuc abſtenſione ſecutâ ſtricto jure confirmatur *d. l. 32. de manum. teſtam.* ad fideicommiſſariæ diſcrimen, quæ tunc non ſtricto, ſed favorabili jure ex Senatus-Conſulto confirmatur *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſervus 10. de fideicom. libert.* Arguunt hæc omnia directam libertatem non minùs, quàm tutelam ab ipſo teſtatore, non ab hærede proficiſci, quod enim dicitur ſervum cum libertate hæredem ex aſſe, vel ex parte inſtitutum à ſemetipſo libertatem accipere in *l. 6. §. ult. de hæred. inſt.* & in *d. l. 18. de acquir. hæred.* non probat ſine hæreditate libertatem directè datam accipi, ſed ſervum liberum, & hæredem eſſe juſſum ſtatim in expectatâ cohæredis aditione, liberum & hæredem exiſtere, ſervum autem liberum dumtaxat juſſum eſſe ab aditâ demùm hæreditate libertatem nanciſci, quo ſenſu quamvis ab ipſo

teſtatore libertatem accipiat, eam ab hærede quodammodo videtur accipere, & tamen directa libertas ab aditâ cedit hæreditate, ut dixi *num. 9.* idem ergò de tutelâ dicendum erit, quod & ſentit Paulus in *d. l. 7. de teſtam. tutel.* dum dixit tutelam à teſtatore protinus proficiſci, ſimulatque aliquis hæres exiſteret, quin ex eo impropria patriæ poteſtatis continuatio impediatur, quæ interim penes dativum tutorem reſidet, & poſt aditam hæreditatem in teſtamentarium transfertur.

14 Pro tertii fundamenti ſolutione ſuppono Catonis regulam ad ea pertinere, quæ ab initio ſunt inutilia ex defectu paſſivæ teſtamenti factionis ex parte hæredis inſtituti, aut legatarii, ut ecce deportato relictum legatum ab initio inutile eſt ex defectu paſſivæ teſtamenti factionis, & quod ex poſt facto convaleſcere non poſſit, non ex Catonianâ, ſed ex vulgari regulâ proficiſcitur, de quâ in *l. quod initio 29. l. penult. de reg. jur.* Unde Catoniana regula ad ea dumtaxat pertinet, quæ teſtamenti tempore ſolùm inſpecto, nullum in ſe vitium continent, & utilia eſſe poſſent, ſi tamen teſtator ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſerit, ex tempore mortis inutilia forent, hæc ab initio non ſubſiſtere, & ex poſtfacto convaleſcere efficit Catonis regula, quæ tempus mortis cum tempore facti teſtamenti conjungit *l. 1. de reg. Caton.* Exemplum extat in legato rei propriæ legatarii, quod ſi teſtamenti tempus inſpicimus, utile eſſe poteſt, nullumque vitium continet, cùm nondum de ceſſione, aut de acquiſitione tractatur; quod tamen, ſi teſtator etiam poſt factum teſtamentum deceſſiſſet, ex tempore mortis prorsùs inutile eſſet, quia apud dominum nonniſi inutiliter cederet ex vi Catonianæ regulæ ab initio infirmatur, & ex poſtfacto convaleſcit *§. ſed ſi rem 10. inſt. de legat.* docet Cheſius *lib. 1. interpret. cap. 3. num. 32. cum 3. ſeqq.* Cujus ſententia ex eo firmatur, quod Catonis regula ad conditionales diſpoſitiones non pertinet *l. placet 4. de reg. Caton.* ſed deportato legatum adhuc ſub conditione ita inutiliter relinquitur, ut nec ex poſtfacto poſſit convaleſcere, quia etiam circa conditionale legatum paſſiva teſtamenti factio deſideratur tempore teſtamenti, prout & circa hæredis inſtitutionem *l. ſi alienum 49. l. liber 59. §. ſi hæres 4. de hæred. inſtit. §. in extraneis 4. inſt. de hæred. qual. & differ.* Goffredus in *d. l. 49.* D. Ramos *ad legem Juliam, & Papiam reliq. 32. num. 29.* in deportati terminis accipiens textum in *l. in tempus 62. de hæred. inſt.* quem de cœlibe meliùs intelligendum exiſtimo, qui licèt purè hæres inſtitutus, ità demùm hæreditatem capere poteſt, ſi intra centum dies legi paruerit, ex benignitate tamen poteſt inſtitui in tempus capiendæ hæreditatis, ità ut quocumque tempore legi paruerit, etiam poſt centum dies cretionis capere hæreditatem poſſit, quod benevolentiæ eſt, nam quodammodo caducariæ legis poteſtatem eludit; ergò deportato relictum legatum non per Catonianam, ſed per vulgarem aliam regulam infirmatur, quæ ad conditionales non minùs, quàm ad puras diſpoſitiones ſpectat. Quibus ſuppoſitis textus in *d. l. 21. de teſtament. tutel.* dum aſſerit eos teſtamento tutores dari poſſe, cum quibus teſtamenti factio eſt, non probat ad teſtamentariam tutelam Catonis regulam pertinere, ſed tutorem ejus Romanum teſtamenti tempore oportere eſſe, adeò ut ſi tunc civis Romanus non ſit, quamvis poſteà civitatem Romanam ſit adeptus, non rectè tutor datus intelligatur propter regulam, *quod ab initio*, quæ paſſivam teſtamenti factionem, ſicuti in legatis conditionalibus, ſic & in his, quæ ab aditâ cedunt hæreditate, ac proinde & in teſtamentaria tutela teſtamenti tempore deſiderat, *l. 31. de fideic. libert.* Goffred. in *d. l. 45. §. 1. de hæred. inſt. 25. & 37.* & in *l. quod in rerum 24. §. 1. de legat. 1. n. 8. cum ſeq.*

Tandem nec contrariam opinionem juvat hic 15
textus in *d. l. penult. de teſtam. tutel.* ubi teſtator tutores ità dedit, *Lucium Titium tutorem do, ſi is non vivit, tunc Cajum Plautium tutorem do*, Titius vixit, tutelam geſſit, & poſteà deceſſit, quærebatur utrum ad Plautium pertineret tutela? Et ex ſententiâ Trebatii contra Labeonem, & Proculum reſpondet Javolenus tutelam ad Plautium non pertinere, & rationem præſtat, quia articulus ille *tunc* ad mortis tempus refertur; tunc ſic arguunt adverſarii, ratio deciſiva in eo eſt, quod articulus ille *tunc* ad mortis tempus refertur; ergò quia tutela ex eo tempore cedit, alioquin ſi ab aditâ hæreditate cederet, ad aditionis tempus articulus ille referretur: in re difficili duplicem ſolutionem excogitavi; primò reſpondeo, quòd non implicat, quod tutela ab aditâ cedat hæreditate, & tamen articulus ille *tunc* ex voluntate teſtatoris, quæ omninò ultimas regit diſpoſitiones *l. in conditionibus 19. de C. & D.* non aditionis, ſed ad mortis tempus refertur. Secundò dici poteſt ſupponendum eſſe in eo textu pupillum, cui tutores pater dederat, hæredem inſtitutum fuiſſe, quo caſu teſtamentaria tutela à morte teſtatoris cedit, nam ea omnia, quæ, extraneo hærede inſtituto, cedunt ab aditâ hæreditate, ſuo hærede inſtituto à morte teſtatoris cedunt, ut infrà dicemus, & interim probat textus in *l. quæſitum 91. §. 1. de leg. 1.* Nec divinatoriam hanc ſolutionem aliquis dicat, cùm hæredis inſtitutio præcisè debeat ſupponi, ſine quâ nec teſtamentum dici poſſet, & liberi frequentiùs hæredes inſtituantur, quàm exhæredentur. Nec Javolenus extraneum referat inſtitutum, non incongruè terminos habiles ponimus, dum pupilli inſtituti naturalem magis, & frequentem caſum ſupponimus.

Nec ſolùm rei intranſmiſſibilis legatum ante 16
aditam non cedit hæreditatem, ſed rei tranſmiſſibilis legatum, quod ſi à morte teſtatoris cederet, inutiliter cederet, ut utilem eventum ſortiatur, cedit ab aditâ hæreditate, ut ecce: ſervo cum libertate relictum legatum à morte teſtatoris nonniſi inutiliter cederet, cùm ante aditam hæreditatem libertas non competat, ſine qua inutile legatum eſſet *l. planè 34. §. ſi junctis 9. l. ſi minor 102. de legat. 1. l. 4. C. de legat.* & ut utilem exitum habeat, non à morte teſtatoris cedit, ſed ab aditâ hæreditate *l. hæredis 7. §. ult. cum leg. ſeq. quando dies leg. ced. l. un. §. 6. C. de caduc.* Hinc ſimpliciter relictum legatum ſervo, cui ſub conditione relicta libertas eſt, eâdem conditione ſuſpenditur, nec alioquin ſi ante exiſtentiam conditionis adita fuiſſet hæreditas, inutiliter cederet, expreſſi ſunt textus in *l. qui quatuor 30. §. cum teſtam. 2. de legat. 3. l. cum ſervus 82. de C. & D.* quibus tamen non leviter opponi videntur textus in *l.*

quæſitum 91. §. 1. *de legat.* 1. *l. Julianus* 86. *de C. & D. l.* 1. §. *ſed etſi ſervo* 4. *ad leg. falcid. d. l.* 8. *quando dies legat. ced.* in quibus ſervo, cui ſub conditione relicta libertas eſt, purè relictum legatum, ſi quidem extraneus hæres inſtitutus ſit, non aliter conſiſtere dicitur, quàm ſi ea ſit conditio, quæ jacente hæreditate ante aditionem impleri poſſit, & re ipsâ impleatur; ſi verò ſuus, aut neceſſarius hæres ſit inſtitutus, qualiſcumque conditio libertati adſtricta purè relictum legatum inutile reddit; ergò per conditionem libertati adjectam legatum cum libertate relictum non ſuſpenditur; verùm licèt his juribus coacti Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 3. *num.* 11. & eum ſecutus Oroz *lib.* 1. *de apicib. cap.* 10. *num.* 47. exiſtimaverint conditionem adjectam libertati legatum ſimul cum libertate relictum non ſuſpendere; præfero tamen ſubtiliſſimi Goffredi ſententiam, qui in præfatis juribus diſcrimen conſtituit inter legatum ſimpliciter datum, & legatum præſenti die, aut purè relictum, ità ut ſimpliciter datum per eandem conditionem differatur, quæ libertatem ſuſpendit, & utile ſit, etſi poſt aditam hæreditatem conditio extiterit; textus ſic intelligendus in *d. l.* 30. §. 2. *de legat.* 3. *d. l.* 82. *de C. & D.* præſenti autem die aut purè, hoc eſt expreſſim adito, relictum legatum non poſſit per eandem conditionem, quæ libertatem differt, ſuſpendi, in quibus terminis procedit textus in *d. l.* 91. §. 1. *de legat.* 1. *d. l.* 86. *de C. & D. d. l.* 80. *quando dies legat. ced.* Diſcriminis ratio hæc eſt: teſtator, qui ſervo, quem ſub conditione liberum eſſe juſſit, ſimpliciter legat, hoc ipſo eandem conditionem, quam libertati adſcripſit, legato adjicere creditur, ut ſic exiſtente quandocumque conditione etiam poſt aditam hæreditatem utile legatum ſit, qui verò præſenti die, vel purè hoc expreſſim adito legaverit, hoc ipſo conditionem, quam libertati inſeruit, legato adjicere noluit, cùm implicet præſens, & purum legatum eſſe, & per conditionem ſuſpendi. Hoc ipſum ſic ampliùs explicatur, quod conditio libertati adſcripta in legato repetita credatur, ex voluntatis conjecturâ proficiſcitur, cui in expreſſo voluntatis caſu locus ſupereſſe non poteſt ex reg. text. in *l. ille* 25. §. 1. *de legat.* 3. Aſſumptum ſpecioſè fundatur ex *l.* 1. §. *ſi quis* 3. *de verb. oblig.* §. *præterea* 7. *inſt. de inutilib.* in quibus ſi ſub conditione interrogatus ſimpliciter promittat, congruenter ad interrogationem dicitur reſpondere, dum breviter ſub eâdem conditione promiſiſſe cenſetur; ſi verò præſenti die ſe daturum promiſerit, inutilis ideò eſt ſtipulatio, quia in eâdem voluntatis conjectura ſumi poteſt, cum præſentis diei adjectio conditionem excludat, & implicet præſentem eſſe ſtipulationem, & per conditionem differri, docet Valentia *l.* 2. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 5. *ferè per tot.* ſequenti etiam paritate Goffredi ſententia fulcitur, vulgaris clauſula, quâ dies legatorum in hunc modum profertur: *quas pecunias legavi, quibus dies appoſitus non eſt, eas hæres meus annua, bima, trima die dato*: ad ea legata pertinet, quæ ab initio ſimpliciter data ſunt, non ad ea, quæ præſenti die relicta fuerunt *l. talis* 30. §. 1. *&* 2. *de legat.* 1. textus ſic intelligendus, juncto ibi Cujacio *tract.* 5. *ad African. in l. cum vulgari* 4. *de dot. prælegat.* de quorum conciliatione cum *l. ſi mihi* 12. §. *ult. de legat.* 1, *& l. Titia* 74. *de legat.* 2. omiſsâ emendatione Cujacii *lib.* 27. *quæſt. Papin. in d. l.* 74. Videndi Duarenus in *d. l.* 30. §. 1. & Petrus Barboſa in *l.* 3. *de legat.* 1. *num.* 10. ſimiliter ergò & in propoſito multùm intereſt, an præſenti die, vel purè legatum relictum ſit.

Ex quâ Goffredi obſervatione felici mihi 17
forte oblatum in primariæ hujus cathedræ petitione, quam unanimi ſupremi Senatùs cenſurâ obtinui, difficilem & ſingularem Papiniani textum in *l. cum filius* 76. §. *ſervus purè* 4. *de legat* 2. novâ luce illuſtrabam, & ut quæ tunc tumultuario labore congeſta ex tempore dixi, ſeveriori nunc judicio diſcuſſa accipiatis, docet Papinianus ſervum purè tranſmiſſum, cui libertas poſt aditam hæreditatem propter juris impedimentum non competit, quod ſtatum ejus extrinſecùs ſuſpendit, forſan propter adulterii quæſtionem ex eo teſtamento legata, aut fideicommiſſa purè data ſperare non poſſe, quia eorum dies inutiliter cedit. Pro cujus deciſionis intelligentiâ ſuadendum eſt, quod adulterii quæſtione ſubortâ, ſervus intrà cognitionis tempus à lege Juliâ de adulteriis manumitti prohibetur, ne per manumiſſionem à quæſtione ſubducatur, & interim manumiſſus ſtatu liber efficiatur, & in finitæ cognitionis tempus ſtatutam habeat libertatem *l. proſpexit* 12. *cum leg. ſeq. qui, & à quibus.* Briſonus *lib. ſing. ad leg. Jul. de adulteriis cap.* 22. Cujacius *ad tit. C. de quæſt.* Hinc ſervo purè relicta libertas adulterii quæſtione ſubortâ, ſi quidem aditionis hæreditatis tempore nondum cognitionis tempus effluxerit, tunc quidem propter juris impedimentum non competit, finitâ adulterii quæſtione etiam poſt aditam hæreditatem ſubſiſtit; & hanc eſſe Papiniani ſententiam, licèt renuant Goffredus in *eo textu*, & D. Ramos *lib.* 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 18. *num.* 25. *in quinto hujus commentarii capite* demonſtrabo. Unde difficillimus redditur Papinianus, dum aſſerit huic ſervo relicta legata ſimpliciter (quod enim purè data ſcribit, ſic in præſenti accipiendum fateor, quaſi ſine conditione, & ſic ſimpliciter data ſcripſiſſet) ex eo inutiliter cedere, quod aditionis hæreditatis tempore competere libertas non potuit, ut pote per adulterii quæſtionem ſuſpenſa, cum nuper diximus legata ſimpliciter relicta per eandem conditionem, quæ differt libertatem, ſuſpendi, nec ab aditione hæreditatis, ſed ab exiſtentis conditionis tempore cedere. Verùm in eo, meo quidem judicio, vertitur deciſionis myſterium, quod conditio, quæ apud Papinianum libertatis exitum remoratur, non ex ipſo teſtamento, ſed ex extrinſecâ adulterii quæſtione proficiſcitur, dici autem non poteſt teſtatorem per conditionem, quam libertati ipſi non adſcripſit, ſuſpendere legatum voluiſſe, præcipuè cum propter ſolam voluntatis conjecturam, quæ in præſenti locum habere non poteſt, adſcripta libertati conditio in legato repetita credatur. Unde infero, quod ſi in ſpecie Papiniani adulterii quæſtionem teſtator prævidiſſet, per extrinſecam conditionem legatum cum libertate ſimul ſuſpenderetur, nam licèt conditionem ipſe non adſcripſiſſet, in eum tamen caſum legatum diſtuliſſe dignoſceretur, quo adulterii quæſtione finitâ, utilem eventum

Digitized by Google

libertas ſortiretur, & ſic Papiniani ſententiam ad eum caſum reſtringendam exiſtimo, quo ut ſuperſtite adhuc teſtatore exorta nondum adulterii quæſtio erat, aut eam jam ceptam teſtator ignorabat. Aſſumptum mihi probat, qui non modò antiquiores, ſed & Cujacium *lib. 7. reſponſor. Papin.* in *d. l. 76. §. 4.* valde torſit difficilis textus noviter nunc cum Papiniano conciliandus in *l. 1. C. qui non poſſ. ad libert. pervenire*; ubi ſi ſervis in temporalia vincula damnatis cum libertate ſimul legatum relictum ſit, quandocumque vinculorum tempus effluxerit, ac proinde etiam poſt aditam hæreditatem ſubſiſtit, & ſic per extrinſecam conditionem cum libertate ſimul ſuſpenditur; deciſivam autem rationem ex eo pendere arbitror, quod jam teſtamenti tempore in temporalia vincula ſervi damnati erant, & id teſtator ſciebat, ut probatur ex eo, quod intra pœnæ tempus legatum relictum fuiſſe, & nondùm elapſo vinculorum tempore teſtatorem deceſſiſſe Imperatores proponunt. Unde cum ſciret teſtator ſervos, quibus cum libertate legatum relinquebat in temporalia vincula jam eſſe damnatos, & eorum libertatem vinculorum ratione ſuſpenſam iri, eâdem etiam extrinſecâ ratione ſuſpendere legatum voluiſſe præſumitur: ſimiliter ergo ſi apud Papinianum adulterii quæſtionem teſtator ſciret, ex voluntatis conjecturâ extrinſeca conditio legatum non minùs, quàm libertatem ſuſpenderet.

18 Sed dices: extrinſeca conditio, quæ libertatem differt, quamvis à teſtatore prævisa legatum non ſuſpendit; ergò indiſtinctè Papiniani deciſio procedit licèt adulterii quæſtionem teſtator ſciiſſet. Antecedens probatur ex ignoto ad rem textu in *l. ſtatu liberum 11. de legat. 2.* ubi docet Pomponius ſtatu liberum ex teſtamento hæredis legatum ſine libertate accipere non aliter poſſe, quàm ſi hæres eandem conditionem legato adſcripſerit, quæ libertati à teſtatore fuerit appoſita; tum ſic, hæres qui legatum ſimpliciter abſque libertate reliquit, conditionem à teſtatore libertati adſcriptam prævidit, & tamen quia conditio non ex hæredis teſtamento, ſed extrinſecùs proveniebat, in legato repoſita non creditur; ergò extrinſeca conditio, quæ libertatem differt, quamvis à teſtatore prævisa legatum non ſuſpendit. Reſpondeo extrinſecam conditionem, quæ libertatem differt, à teſtatore prævisam ità demùm ſimpliciter relictum legatum ſuſpendere, ſi in uno; eodemque teſtamento ſimùl cum libertate relictum legatum ſit, ut in *d. l. 76. §. 4. de legat. 2.* quo caſu teſtator extrinſecâ conditione legatum ſuſpendere voluiſſe præſumitur; aliud verò dicendum eſſe, ubi libertas, quæ extrinſecâ conditione nititur, ſuſpenditur, abſque legato aliquo teſtamento relinquitur; & legatum alio teſtamento ſimpliciter datum eſt, ut in *d. l. 11. de legat. 2.* tunc enim non eadem voluntatis conjectura poteſt induci, nam hæres, qui ſtatu libero ſine libertate ſimpliciter legatum reliquit, libertatem; quam ipſe non adſcribit, repetere in legato dici non poteſt *d. l. 11.* textus ſic intelligendus juxta vulgatam negativam lectionem Florentini præfetendam in *l. cum quaſi 30. §. Imperator 15. de fideicomm. libert.* illud tamen difficile eſt, quod Pomponii ſæculo, & ante novam Juſtiniani ſanctionem in *l. un. §. ſed etſi ſub condit. C. de latinâ libert. toll.* ſtato liber ab hærede pendente conditione manumiſſus non quiritinam, ſed latinam libertatem conſequebator *d. l. un. §. 7.* Cujacius in *eod. textu, & lib. 2. quæſt. Papian.* in *l. ſtatu liber 33. de ſtatu libert. & 21. quæſt. ejuſdem* in *l. ſervus 34. eod. tit.* Faber in *rationali* in *l. filius 32. de dolo.* Oſoaldus *lib. 7. comment.* Donellus *cap. 12. lit. B. l. filius 32.* ergò nec cum libertate legatum ex teſtamento hæredis capere potuit, niſi intra centum dies cretionis civis romanus effectus fuiſſet ex legis Juliæ Norbanæ præſcripto contra Ulpianum in *fragm. tit. 22. qui hæred. inſtit. poſſ. §. 1.* Cujus difficultatis ſolutio ex eo derivatur, quod libertas ante aditam hæreditatem non cedit, & ſtatu libero ab hærede relicta potuit, ut quirina ex eo teſtamento utiliter cedere; ſi ante hæreditatem aditam ſtatutæ libertatis conditio defeciſſet, & tunc legatum ſimùl cum libertate rectè ceſſiſſet, alioquin ſi aditæ hæreditatis tempore penderet adhuc ſtatutæ libertatis conditio, latina tunc ſolùm libertas cederet, & legatum inefficax redderetur, quod non aliter capiebat latinus, quam ſi intra dies centum cretionis fuiſſet romanam civitatem adeptus contra Ulpianum in *fragm. tit. 17. de caduc. in princ.* quod in præſenti locum habere non poterat, cum poſt centum dies cretionis elapſos, & jam aditam hæreditatem latina libertas ceſſiſſet, quicquid noviſſimè dicat Petrus de Chavarri in *primâ ſua didaſcaliæ part. cap. 13. num. 27.*

Quod diximus ſervo proprio cum libertate
relictum legatum ante aditam hæreditatem non 19
cedit, ità procedere, ſi ſervus in eâdem cauſâ permanſerit, cæterùm ſi ab ipſo teſtatore inter vivos manumiſſus, vel alienatus fuerit, legatum quod vel ad ipſum ſervum manumiſſum, vel ad novum dominum pertinet, *l. ſi ſervo 26. in princ.* & *§. 1. de adimpl. legat.* ubi omninò videndi Goffredus, & Cujacius *lib. 9. quæſt. Pauli in l. 4. in princ.* & *§. 1. & 2. de manumiſſ. teſtam.* ſtatim à morte teſtatoris utiliter cedit, cùm eo tempore ſervus vel jam liber, vel alienus inveniatur, nec ex eo ab initio potuit infirmari, quia etſi teſtator ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet, utile tamen eſſet, quia cum ſervus nondum manumiſſus aut alienatus eſſet, non à morte teſtatoris cederet, ſed ab aditâ hæreditate, ut ſubtiliter docet Goffredus in *l. quoties 9. §. ult. de hæred. inſtit. num. 25. cum trib. ſeqq.* Ex quibus infero primò, quod ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo præſenti die, vel purè hoc expreſſim adjecto legatum relictum, ſi quidem ſervus in eâdem cauſâ permanſerit, cedit ab aditâ hæreditate, ſi verò à teſtatore inter vivos manumiſſus, vel alienatus ſit, ſtatim à morte teſtatoris cedit. Secundò infero, quòd ſervo ſub conditione libero eſſe ſimpliciter juſſo relictum legatum, quod ſi ſervus in eadem cauſâ permanſerit, ab exiſtentia conditionis cederet, ſervo ab ipſo teſtatore inter vivos manumiſſo, vel alienato, ſtatim non expectatâ conditione à morte teſtatoris cedit, ut tenet Goffredus ubi nuper *num. cum duob. ſeqq.* & *ex num. 29.* Cujus doctrinæ eam eſſe rationem crediderim, ideò ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo ſimpliciter relictum legatum conditionale eſt; quia adſcripta libertati conditio ex conjecturatâ voluntate teſtatoris in legato repoſita intelligitur, ſed hoc ipſo,

quod teſtator inter vivos ſervum manumiſit,vel alienavit, teſtamentariam ipſam libertatem ademit *d. l. 9. §. ſervus 16. de hæred. inſt.* §. 1. *verſ. quod ſi alienatus inſt. eod. tit.* ac per conſequens & conditionem libertati adſcriptam, quam & per ſe ſolam adimere potuiſſet *l. 3. §. conditio 9. de adim. legat.* ergo poſt ſervi manumiſſionem, aut alienationem inter vivos à teſtatore factam nulla jam ſupereſt conditio,quæ legatum poſſit ſuſpendere, ac per conſequens legatum ſtatim à morte teſtatoris cedit, expreſſo etiam Juliani teſtimonio Gofredi ſententia nititur in *l. qui filio 38. §. igitur 4.junctis duob. §. §. anteced. de hæred. inſt.* Ubi ſi ſervus ſub conditione liber eſſe jubeatur (idem ſine conditione, & ſimpliciter, quo etiam ſenſu intelligendus eſt textus in *l. 3. §. 1. eod. tit.* juncto Goffredo *ubi ſuprà num. 17. cum ſeq.*) hæres ſcriptus ſit, aut ſi ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo ſimpliciter legatum relictum ſit, ſi quidem poſt jam defectam conditionem ſervus à teſtatore inter vivos manumiſſus, aut alienatus fuerit, nec hæreditas, nec legatum ad ipſum ſervum manumiſtum, aut ad novum dominum pertinet, cùm eo tempore manumiſſio, aut alienatio interceſſerit, quo ex defectu conditionis inſtitutio, aut legatum corruerat, ſin autem pendente adhuc conditione ſervus manumiſſus, aut alienatus ſit, etiamſi ex poſtfacto conditio defecerit, hæreditas, aut legatum vel ad ipſum ſervum manumiſſum, vel ad novum dominum pertinet,tunc ſic: conditio quæ defecta inutile legatum non reddit, utique nec dum pendet, legatum ſuſpendit, fruſtrà enim expectaretur conditionis eventus, qui nihil operatur *l. aliquando 13. §. ult. ad Vellejanum*, ſed adſcripta libertati conditio poſt ſervi manumiſſionem, aut alienationem inter vivos à teſtatore factam etiamſi defecerit, inutile legatum non reddit, ergo nec dum pendet, legati ceſſionem remoratur.

20 Contrarium tamen Julianus ipſe docere videtur, in *d. l. 86. de C. & D.* ubi ſervus, cui ſub conditione, *ſi decem dediſſet*, libero eſſe juſſo ſimpliciter legatum relictum fuit à teſtatore, inter vivos manumiſſus, aut alienatus ſit, non aliter legatum conſiſtere, dicitur, quàm ſi vel ſervus ipſe manumiſſus, aut novus dominus conditionem impleverit. Hoc ipſum ſenſit Ulpianus in *l. ſi quis 12. §. ult. de manumiſſ. teſtam.* ubi ſi ſub jurisjurandi conditione (quæ licet legato appoſita à Prætore remittatur, *l. 8. de C. inſt.* libertati tamen adſcripta non remittitur *d. l. 12. in princ.*) ſervus liber eſſe juſſus ſit, & ſimpliciter legatum acceperit, ſi quidem ab ipſo teſtatore inter vivos manumiſſus ſit, legati conditiu remittitur; ergo etiam poſt ſervi manumiſſionem adhuc ſupereſt jurisjurandi conditio, quæ à Prætore remittatur, ac per conſequens ſi alia quælibet conditio, quæ à Prætore non remitteretur, libertati fuiſſet appoſita adhuc poſt ſervi manumiſſionem ſimpliciter relictum legatum ſuſpenderet. Omiſſa tamen Gofredi ſolutione, qui in *d. l. 9. §. ult. de hæred. inſt. num. 10. & 31.* falsò exiſtimabat poteſtativam conditionem ex legatarii facto pendentem, de quâ ſupradicta jura loquuntur etiam poſt ſervi manumiſſionem, aut alienationem inter vivos à teſtatore factam ſimpliciter relictum legatum ſuſpendere, quod facilè evincitur, tum quia juris ratio *anteriori num.* expreſſa in poteſtativâ non minus, quàm in cauſali, aut mixta conditione verſatur, ut notum eſt tum quia Juliani deciſio in *d. l. 86. §. 4. cum 2. §. §. anteced. de hæred. inſt.* de quacumque conditione generaliter loquitur, nec ad cauſalem, ſeù mixtam debet reſtringi: meliùs reſpondendum exiſtimo ideò in prædictis, juribus adhuc poſt ſervi manumiſſionem, aut alienationem inter vivos à teſtatore factam, legatum ſuſpendi, quia conditio non modò libertati, ſed & legato expreſſim fuerat appoſita, quæ licèt expectari non poſſit quoad libertatem ut pote jam adeptam per ſubſecutam inter vivos manumiſſionem, aut alienationem, legatum tamen adhuc ſuſpendit quod ex utriuſque textus literâ ſic conjicio in *d. l. 86.* ſervum decem dare, & ità liberum eſſe juſſum fuiſſe,& legatum cum libertate ei datum fuiſſe proponitur, ſic ergo teſtamenti ſe habuit clauſula; *ſempronj, ſi decem dederis, liber eſto, & fundum capito:* quâ unica oratione conditio legati non minus, quàm libertatis expreſſim apponitur. Nec obſtat, quod in *verſic. ſed id* conſultus ſcribit id tunc locum habere, cùm ſimul cum libertate legatum acquiri potuit, licèt legato impoſita non ſit, veluti cum in libertatis tempus legatum collatum eſſet, nam reſpondeo initio textus duo conſultum dixiſſe, ſcilicet legatum ſubſiſtere, & adhuc poſt ſervi manumiſſionem,aut alienationem per expreſſam conditionem ſuſpendi; quod ergo ſubjungit, *ſed id tunc locum habet, &c.* ad utilitatem, non ad ſuſpenſionem legati referendum eſt, quaſi dicat non modò legatum conſiſtere, ubi eadem conditio legato ſimul, & libertati expreſſim apponitur,ſed & utile eſſe,ubi ſimul cum libertate ſimul legatum potuit acquiri,quod tunc contingit, cum in tempus libertatis legatum collatum eſt, veluti ſi ſimpliciter relictum ſit, juxta ea quæ dixi *num.* 16. & hanc conſulti mentem eſſe conſtat ex *ſeq. verſic. cum autem*, ubi de legati præſenti die relicti ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo, utilitate, aut inutilitate pertractat.Ut itaque poſterior verſiculus anteriori cohæreat, dicendum ſimiliter eſt in priori non de ſuſpenſione, ſed ſolùm de legati utilitate conſultum legiſſe, pariter & in *d. l. 12. §. ult. de manum. teſtam.* jurisjurandi conditionem legato ſimul, & libertati adſcriptam expreſſim fuiſſe, ex eo convinco, quod cum in *anteced. §.* de jurisjurandi conditione legato appoſita conſultus tractaſſet, ſubjungit in *§. ult. ſubſeq.* idem puto dicendum etſi libertati quoque injecta conditio ſit, ubi dictio illa *quoque* oſtendit ſatis jurisjurandi conditionem legato non minus, quàm libertati adſcriptam expreſſim fuiſſe; eâdem etiam interpretatione accipiendus eſt textus qui perſpicuè de conditione fideicommiſſo, & libertati expreſſim adſcriptâ loquitur in *l. heres 66. de C. & D.* junctis quæ tradunt Goffredus *ubi ſupra num.* 30. & Petrus de Chevarri in *d. l. ſua Didaſcaliæ part. d. cap. 13. num.* 21.

Expendi etiam contra præjactam doctrinam po- 21
teſt textus in *l. ſervo 47. de C. & D.* ubi qui ſervo libertatem ita reliquit, *ille, ſi meus erit, liber eſto*: legatum, vel hæreditatem ſine conditione ei dedit, & poſteà eam alienavit,quæritur an legatum,vel hæreditas pertineat ad novum dominum? Reſpondet Marcellus novo domino legatum deberi, aut ejus juſſu adiri hæreditatem poſ-

Digitized by Google

ſe, quia ea conditio libertati fuit adſcripta, quæ etſi expreſſa non fuiſſet, tacitè tamen ineſſet, & quæ ideò in legato repoſita non creditur: ergo ſi alia conditio libertati fuiſſet adſcripta, quæ tacitè non ineſſet & legato repoſita intelligeretur, adhuc poſt ſervi alienationem, dum penderet legatum ſuſpenderet, & ubi defeciſcet, illud extingueretur, quam difficultatem ut diſſolveret Gofredus *ubi ſuprà num.* 31. *cum* 2. *ſeqq.* aſſeruit verbum illud *ſine conditione in d. l.* 47. appoſitum ab ipſo teſtatore fuiſſe, & legatum tanquam purè, & ſine conditione relictum conditionis repetitionem non ad emiſſe. Hinc circa inſtitutionem ea dubitandi ratio erat, ubi ſub conditione ſervus liber eſſe jubetur, & purè hoc expreſſim adjecto hæres inſtituitur, inſtitutio inutilis eſt, ut Gofredus ipſe fundaverat, *num.* 17. *cum ſeq.* ergo in ſuperiori ſpecie inſtitutio tanquam purè concepta inutilis debuit eſſe, circa legatum autem hæc erat, ubi ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo purè hoc expreſſim addito, legatum relinquitur, ità demùm utile eſt, ſi talis ſit conditio, quæ ante aditam hæreditatem & impleri poſſit, & reipsâ impleatur. *d. l.* 91. §. 1. *de legat.* 1. *de l.* 86. *de C. & D.* ergo in *d. l.* 47. non debuit indiſtinctè utile eſſe legatum, deciſiva autem ratio quoad hæreditatem, & legatum in eo eſt, quod ea conditio *ſi meus erit*, etſi expreſſa à teſtatore non fuiſſet, libertati tamen ineſſet, & libertas perindè habetur, ac ſi purè data fuiſſet, ſervo autem purè libero eſſe juſſo hæreditas, aut legatum purè indiſtinctè poſſet relinqui. Hæc tamen Gofredi ſolutio quamvis quoad hæreditatem poſſet ſuſtineri, quoad legatum admittenda non eſt, nam conditio illa *ſi meus erit*, profectò ante aditam hæreditatem poſſet verificari: ergo etſi libertati tacitè non ineſſet, ſervo tamen ſic libero eſſe juſſo purè hoc expreſſim addito, relictum legatum utilem eventum poſſet ſortiri. Ut ergo reſpondeam, conſtituo verbum illud *ſine conditione* in *d. l.* 47. hoc importare, ideſt, non expreſſâ conditione, ſeu ſimpliciter, ut ſenſus ſit, ſervo ſic libero eſſe juſſo, *ſi meus erit*, legatum, vel hæreditatem ſimpliciter teſtatorem dediſſe; unde ea fortaſſis dubitandi ratio erat, ubi adſcripta libertati conditio in legato, aut inſtitutione repetita intelligitur, ſi quidem quo tempore ſervus ab ipſo teſtatore alienatur, conditio defecerit, nec inſtitutio, nec legatum conſiſtit *d. l.* 83. §. 4. *cum* 2. §. §. *anteced. de hæred. inſt.* ſed conditio illa, *ſi meus erit*, ipſius alienationis tempore deficit, nec poſt alienationem pendere dici poteſt; ergo per ſervi alienationem debuit inſtitutio, aut legatum everti. Quâ dubitandi ratione non obſtante, optimè reſpondet Conſultus adhuc inſtitutionem, aut legatum conſiſtere, quia conditio illa ut pote quæ tacitè in eſſet licèt expreſſa non fuiſſet, libertatem conditionalem non reddit, & quamvis per ipſius ſervi alienationem deficiat, nec inſtitutionem tanquam puram vitiat, nec legatum tanquam purum evertit,

22 Ex eo autem, quod diximus legatum ſervo cum libertate relictum cedere ab adita hæreditate, inter prudentes orta controverſia fuit, utrum ſervo proprio cum fideicommiſſariâ libertate relictum legatum conſiſteret? negabant aliqui, quia cum fideicommiſſaria libertas non ab adita hæreditate competat, ſed ex quo petita ab hærede fuerit, ab aditionis tempore hæreditatis nonniſi inutiliter cedere legatum videtur. Obtinuit tamen utile legatum eſſe *l. ſi quis ſervo* §. 4. *de legat.* 2. *l. quidam* 19. *de manum. teſtam. l.* 8. *C. de fideicom.* quia ab adita hæreditate utriuſque quodammodo ceſſit dies & libertatis, & pecuniæ petendæ *d. l. ſi quis* 84. *de legat.* 2. Ubi obſervo Paulum non aſſerere libertatis, & legati diem propriè ceſſiſſe, ſed quodammodo, & impropriè ceſſiſſe, quaſi diceret ſervum ab adita hæreditate, & libertatem, & legatum petere poſſe, & eo ſenſu quodammodo utriuſque diem ceſſiſſe, propriè tamen legatum non antecedere, quàm libertas competat, ideſt ab hærede præſtetur, ut docet Gofredus in *eo textu.* Hinc & ſervo hæredis cum fideicommiſſaria libertate, aut cum directâ (quæ licèt tanquam directa inutilis ſit *l. ſervo* 9. *C. de teſtamentar. manumiſſ.* in fideicommiſſariam flectitur, textus ſic intelligendus in *l. cogi* 16. §. *ſed ſi ſervo* 13. *ad Trebell.* juncto Oroz *lib.* 1. *de apicib. cap.* 10. *num.* 18. *cum ſequenti*) relictum legatum ſubſiſtit, & ex competentis libertatis tempore cedit *l. ſi legatarius* 8. §. *de legat.* 3. *d. l.* 16. §. 13. *de Trebell. argum. tex. in l. ſi cui legatum* 92. *verſic. cui rei de C. & D.* Ex quo principio, omiſſis quæ tradunt Cujacius *lib.* 15. *quæſt. Papin. in l.* 3. *de reg. Caton. & lib.* 24. *obſerv. cap.* 10. & Oroz *d. l.* 1. *cap.* 2. *n.* 6. Exponitur difficilis textus in *l. in ratione* 30. §. *cum lex penult. ad leg. falcid.* ubi quod ſupponitur legatum ex die certa ſervo hæredis relictum ſubſiſtere, ità procedit, ſi cum filii commiſſariâ libertate relictum ſit, quod quià non à morte teſtatoris, ſed ex competentis libertatis tempore cedit, Catonianæ regulæ poteſtatem effugit, ut ſubtiliter præviderunt Gofredus, & Goveanus in *d. l. penult.* inde etſi alieno ſervo cum fideicommiſſaria libertate relictum legatum ſit, quamvis à morte teſtatoris utiliter cederet, quia tamen ſi eo tempore cederet, ſervi domino contra teſtatoris voluntatem acquireretur, ut ipſi ſervo manumiſſo acquiratur, & defuncti judicio pareatur non à morte teſtatoris, ſed ex competentis libertatis tempore cedit *l.* 5. §. *ſi ſervum* 4. *de his, quæ ut in diem auf. l. hæredi* 19. §. 1. *de fideicom. libert.* quicquid dicat Goffredus *in d. l.* 84. *de legat. num.* 4. *in d. l.* 92. *de C. & D. num.* 2.

Ex eadem ratione, propter quam legatum ſervo cum libertate relictum ante aditam hæreditatem non cedere diximus, legatum etiam ſervo ligato relictum non à morte teſtatoris cedit ſed ab adita hæreditate *l. ſervo legato* 69. *de legat.* 1. *d. l.* 7. §. *ult. l. cum legato* 17. *quando dies legat. ced. d. l. un.* §. 6. *C. de caduc.* nam cum ſervus legatus poſt aditam demùm hæreditatem legatario acquiratur, & ante aditionem ſit hæreditarius, eidem relictum legatum nonniſi inutiliter à morte teſtatoris cederet, & ut utilem exitum habeat, & ab adita cedit hæreditate, quam rationem expreſſit Conſultus, in *d. l.* 69. *de legat* 1. qui textus cum de damnationis legato accipi non poſſit, ex cujus cauſa non ab aditionis, ſed à traditionis tempore rei legatæ dominium legatario acquirebatur *l. hujuſmodi* 84. §. *ædes* 4. *de legat.* 1. *cum ſimil.* evincit omninò rei per vindicationem legatæ dominium non à morte teſtatoris, prout fere com- 23

munis opinio, quam cum aliis tenet Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 5. cap. ult. num. 3.* ſed ſolum ab adita hæreditate in legatarium tranſire in veriori ſententia, quam aliis pluribus fundamentis ſubnixam tuentur Goffredus in *l. 2. quando dies legat. ced. ex num. 12.* Petrus Barboſa in *l. 1. de legat. 3. part. ex num. 31.* Suarez de Mendoza *lib. 2. ad l. Aquil. cap. 5. ſect. 1. ex n. 31.* cui quidem doctrinæ acriter opponitur textus in *l. ſervus 76. de hæred. inſt.* ubi docet Papinianus ſervo à marito mortis cauſa uxori donato in mariti teſtamento legatum ſine libertate non rectè relinqui, & tamen ſervus donantis morte ſecutâ uxori ſtatim acquiritur *l. ſed interim 11. in princ. de donat. inter.* ergò nec ſervo legatum relictum debet conſiſtere, etſi dominium ab aditâ hæreditate legatario acquiratur. Nec difficultatem diluit, qui dixerit cum Cujacio *lib. 15. quæſt. Papin. in d. l. 76.* legatum à marito ſine libertate relictum uxori, ſervo mortis cauſa damnato ab initio per Catonianam regulam infirmari, & ex poſtfacto convaleſcere non poſſe; Catonis namque regula ad ea legata pertinet, quæ inutiliter forent, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum teſtator deceſſiſſet, legatum autem de quo in *d. l. 16.* non ex eo foret inutile, quod teſtator ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet, cum ex mortis tempore ſervus ſtatim uxori acquiratur, ac proinde & legatum ſervo relictum cedere utiliter poſſit, quemadmodum & legatum ſervo legato relictum cedere utiliter poſſit, ideò ab aditâ hæreditate utiliter cedit, quia ex tunc ſervi dominium quæritur. Nec aliud ibi voluiſſe Papinianum noviter exiſtimo, cujus ſententia ad eum caſum reſtringenda, quo maritus voluntatem mutaverit, tunc per pœnitentiam revocatâ donatione, ſervo tanquam proprio, & qui acquirendus uxori non eſt, ſine libertate legatum relictum inutile prorsùs eſt, in quibus terminis Papinianum eſſe locutum ex eo conjector, quod priùs dixit ſervum, ſi quidem ex mariti teſtamento libertatem ſimul, & hæreditatem acceperit, neceſſarium hæredem exiſtere, quo ſanè caſu nemo per pœnitentiam revocatam donationem negabit, quod ergò adjicit eidem ſervo maritum ſine libertate legatum non jure relinquere, in eiſdem per pœnitentiam revocatæ donationis terminis exaudiendum.

44 Spectat ad hanc juris partem textus in *l. ſi eos 11. de option. legat.* ubi cum ſervo alicui legato relictum legatum eſt, & alter cui ſervi optio erat eodem teſtamento relicta, eundem ſervum alii legatum optaſſet docet Julianus ſervo relictum legatum inter utrumque legatarium non communicari, ſed ad eum ſolum pertinere, cui ſervus ſpecialiter legatus eſt, nam legatum ſervo legato relictum ab aditâ cedit hæreditate, quo tempore ſolidum ſervi dominium penes eum erat, cui ſervus ſpecialiter fuit legatus, nec ad alterum ſpectabat, cui optio relicta fuerat, ut pote qui nonniſi poſt aditam hæreditatem potuit optare, & ſervi dominium acquirere *l. option. 16. de option. legat.* ut explicat Larreategui *lib. 5. ſelect. cap. 7. num. 6.* ſuam autem deciſionem confirmat Julianus, quod ubi ſervo communi alter ex ſociis legat, ideò ad ſolum ſocium totum legatum pertinet, quia cedentis legati tempore ſolus eſt, cui per eum, ſervum legatum poſſit acquiri *l. verum 63. §. ſi ſervo 9. pro ſocio l. Plautius 49. ad l. falcid.* de quorum conciliatione cum *l. per ſervum 37. §. 1. de acquir. rer. domin.* Videndus Bellonus *de jur. accr. cap. 6. quæſt. 39. ex num. 9.* Ex eodem principio infertur, primò, quod ſi ſervo optio alicui data fuerit, & ſticho ſervo proprio ſine libertate relictum legatum ſit, ſi quidem ante aditam hæreditatem tota familia ad unum eundem ſtichum reciderit, ſticho relictum legatum perinde conſiſtit, ac ſi ei purè, & ſpecialiter ab initio legato relictum legatum fuiſſet *l. ſi optio 13. de opt. legat.* cujus rei ratio hæc eſt, ſervo proprio ſine libertate relictum legatum, ſi quidem teſtamentariâ diſpoſitione inſpectâ, nullo unquam tempore utile eſſe poſſit, ab initio inefficax ideò eſt, ut nec in alienationis, aut manumiſſionis caſum conſiſtat, & à morte teſtatoris inutiliter cedit; at ubi teſtamentariâ diſpoſitione inſpectâ utilem aliquem eventum poteſt ſortiri, cedit ab aditâ hæreditate, & ſic ab initio per Catonianam regulam infirmatur; unde quoties ſervi optio legata eſt, ſervo propriu relictum legatum ſine libertate valet, quia ex teſtatoris diſpoſitione in eum caſum poteſt conſiſtere, quu ad eum tota familia reciderit, ſic docent, licèt non ſic explicent Benedictus Pinellus *lib. 2. ſelect. cap. 13. num. 16. cum ſeq.* & Larreategui *d. l. 5. ſelect. cap. 7. num. 5.* Infertur ſecundò, quod ſi is, cui ſervi optio legata eſt, eum ſervum optaverit, cui teſtator ſine libertate legaverat, ſervo relictum legatum non ſequitur. *L. ſervo 15. de opt. legat.* quia legatum illud ab aditâ cedit hæreditate, quo tempore nondùm ſervi dominium legatarius acquiſivit, cum optio nonniſi poſt aditam hæreditatem expediatur, ut explicat Pinellus *ubi nuper num. 18.* Sed obſtat, quod ſervo ſub conditione legato ſimpliciter relictum legatum eâdem conditione ſuſpenditur, ut probat elegans ad rem textus in *l. ſi à plurib. 107. §. 1. de legat. 1.* & evincunt ab argumento quæ dixi *num. 16.* ubi ſervi optio legatur, ſinguli homines ſub conditione legati intelliguntur *l. 3. qui & à quib.* adeò ut ſervus poſteà optatus perinde ac ſi ab initio purè, & ſpecialiter legatum fuiſſet *d. l. 13. l. ſi cum optio 14. de opt. legat.* ergò ſervi optione alicui datâ, legatum ſervo ſimpliciter ſine libertate relictum eadem electionis conditione ſuſpenditur, ac per conſequens etſi electionis conditio poſt aditam hæreditatem exiſtat, debet ad legatarium pertinere. Reſpondeo ſervi electione legatâ ſingulos homines non quidem propriè, ſed quodammodo, ſivè impropriè ſub conditione legatos videri, ut loquitur Conſultus in *d. l. 3. qui & à quib.* quoad eum ſcilicèt effectum, ut hæres quoſdam ſervos, vel homines manumittendo nec evertere, nec minuere electionis jus poſſit, ut dicitur in *d. l. 3.* & *d. l. 14. de opt. legat.* quod & locum habet, ubi homo generaliter legatus eſt, ut conſtat ex *d. l. 3.* quo tamen caſu cum legatum purum ſit, & tranſmiſſibile *l. nec ſemel 12. §. penult. quando dies legat. ced.* ſinguli homines ſub conditione propriè legati dici non poſſunt; hinc licèt optionis legatum hoc jure conditionale ſit, & intranſmiſſibile, ut ſuo loco dicemus, quia tamen ſinguli ſervi ſub conditione propriè legati non ſunt, ſervo ſine libertate relictum legatum ab aditâ

cedit

Digitized by Google

cedit hæreditate, nec per electionem ſuſpenditur.

25 Ità verò ſervo legato relictum legatum ante aditam hæreditatem non cedit, ſi ſervus in eadem cauſa permanſerit, ſin autem teſtator ſervum inter vivos manumiſerit, vel alienaverit, legatum quod vel ad ipſum manumiſſum, vel ad novum dominum pertinet *d. l. quæſitum* 22. *in princ.* & §. 1. ubi Cujacius *lib.* 21. *quæſt. Pauli de adim. legat. d. l.* 17. *quando dies legat*, ſtatim à morte teſtatoris cedit exemplo legati ſervo cum libertate relicti, quod manumiſſione, vel alieantione inter vivos ſecutâ à morte teſtatoris cedit juxta dicta *num.* 19. *cum duob. ſeqq.* Quæ omnia etiam in legato ſervo legato relicto procedunt. Rursùs ex identitate rationis in eo ſervo legato relictum legatum cum legato ſervo manumiſſo relicto conſentit, quod ſervo in primis tabulis legato, aut libero eſſe juſſo in pupillaribus tabulis telictum legatum propter commodum tranſmiſſionis cedit ab aditâ hæreditate patris, quo tempore ſervus vel legatario acquiritur, vel libertatem nanciſcitur; in pupillaribus autem tabulis legato, aut manumiſſo ſervo, eiſdem legatum relictum ante aditam hæreditatem non cedit, quia nec ante utile eſſe poteſt, cùm ex eo demùm tempore ſervus vel in legatarii dominium pertranſeat, vel libertatem conſequatur, ut docet Goffredus in *l.* 1. *quando dies legat. ced. num.* 6. & 9. *cum ſeq.*

26 Hæc omnia de legato ſervo per vindicationem legato relicto ſecurè dicuntur; ſi verò ſervo per damnationem legato relictum ſit, dicendum videtur eo jure inſpecto, quod ante Juſtinianum obtinuit in *l.* 1. *C. commun. de legat.* inutile legatum eſſe, tum quia ſervus per damnationem legatus non ab aditionis, ſed à traditionis ab hærede factæ tempore legatario acquirebatur; ergò eidem ſervo relictum legatum nonniſi inutiliter ab aditâ cedebat hæreditate, cum eo tempore ſervus non in legatarii, ſed in hæredis dominio exiſteret, tum quia Conſultus in *d. l.* 69. *de legat.* 1. ideò ſervo legato legari poſſe receptum aſſerit, quia ab aditâ hæreditate dominium acquirit legatario, quæ ratio in ſervo per vindicationem, non per damnationem legato locum habet. Adhuc tamen præter Interpretes (nullum enim qui dubium exciteot comperui) dicendum exiſtimo ſervo per damnationem legato relictum legatum etiam pandectarum jure utile fuiſſe, & ejus perendi diem quodammodo ab aditâ hæreditate ceſſiſſe, propriè verò à tempore acquiſiti dominii, ideſt traditionis ab hærede factæ argum. text. in *d. l.* 84. *de legat.* 2. junctis quæ circa ejus explicationem dixi *num.* 22. nec per ſervi manumiſſionem, aut alienationem ab hærede factam ante traditionem extingui poſſe, nam licèt hæres ſervum per damnationem legatum ante traditionem manumittere, aut alienare poſſet, *l. ſi quis* 112. §. 1. *de legat.* 1. ad ejus tamen æſtimationem obſtrictus manebat, textus ſic intelligendus in *l. hæres* 28. *qui & à quib.* junctis Donello *lib.* 2. *commentar. cap.* 3. & Fabro *in Papin. tit.* 5. *princ.* 1. *illat.* 5. & prætereà ad legatum ipſi ſervo relictum argum. text. in *d. l.* 84. *de legat.* 2. à cujus præſtatione proprio manumiſſionis, aut alienationis facto ... non poterat ex regula textus *ſi quis in legat. ſervum* 23. *de act. empt. cum vulg.* Nec tuoc obſtat textus in *d. l.* 69. *l.* 1. qui etſi in terminis ſervi per vindicationem legati procedat, & ſervo ſic legato relictum legatum ex eo conſiſtere aſſerat, quod ab aditâ hæreditate ſervi dominium legatarius acquirit, non tamen negat ſervo etiam per damnationem legato rectè legatum relinqoi, quamvis ejus dies non ab aditâ hæreditate, ſed ab acquiſiti domioii tempore cedat.

Denique ità demùm ſervo legato relictum legatum cedit ab aditâ hæreditate, ſi ab uno, eodemque teſtatore utrumque legatum relictum ſit, ſervo autem in uno teſtamento legato, in altero teſtamento relictum legatum ſtatim à morte ſecundi teſtatoris cedit, & primo teſtatori, ſi quidem ſecundo ſupervixerit, tanquam ſervi domino acquiritur, & poſt ejus obitum ad hæreditatem aditione ſecutâ, ad hæredem, non ad legatarium ſpectat juxta textum in *d. l.* 91. §. *penult. de legat.* 1. quem rejectâ emendatione Cujacii *lib.* 36. *digeſtor. Juliani*, ſic explicat Valentia *d. num.* 4. *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 3. *num.* 3. *cum ſeq.* ſi verò poſt primi teſtatoris obitum ſecundus teſtator deceſſerit, multùm intereſſe exiſtimat Valentia *d. num.* 4. an per damnationem, an per vindicationem ſervus legatus ſit, ità ut ſi per vindicationem, hæreditati, & per eam hæredi ipſo jure acquiratur *l. quod ſervus* 38. *de legat.* 2. ſed legatario poſteà ſervi legatum agnoſcenti, qui dominus à morte teſtatoris retrocreditur, reſtituatur argum. text. in *l. huic ſcripturæ* 15. *ad leg. Aquil.* ſi per damnationem ipſi relictum legatum non legatario, ſed primi teſtatoris hæredi irrevocabiliter acquiratur juxta textum, quem ſic iotelligit in *l. ſi homo* 86. *cum ſervus* 2. *de legat.* 1. Hæc tamen doctiſſimi Anteceſſoris noſtri diſtinctio admittenda non eſt, nam cùm verius ſit etiam ex cauſâ legati per vindicationem relicti dominium ab aditâ demùm hæreditate in legatarium tranſire, ut dixi *num.* 23. etiamſi in primo teſtamento per vindicationem ſervus legatus eſſet, ſi quidem poſt primi teſtatoris obitum ante aditam tamen ejus hæreditatem, ſecundus teſtator deceſſiſſet, ſervo relictum in ſecundo teſtamento legatum hæreditati, & per eam hæredi irrevocabiliter acquireretur, nec deberet legatario reſtitui, expreſſus textus eſt in *d. l.* 86 §. 2. *de legat.* 1. qui cùm aſſerat rei legatæ dominium ab aditâ hæreditate in legatarium tranſire, de legato non damnationis, ſed vindicationis exaudiendus eſt neceſſe, & tamen docet ſervo ſic legato aote aditam hæreditatem relictum legatum ad hæreditatem, & per eam ad hæredem irrevocabiliter pertinere. Rursùs ſi per damnationem ſervus legatus eſſet, eodem themate retento ipſi relictum legatum, cujus dies non modò ante, ſed & poſt aditam hæreditatem ante traditionem, & ſic ante acquiſitum legatario dominium, nolla tamen hæredis morâ præcedente, ceſſiſſet, irrevocabiliter hæreditati, aut hæredi acquireretur, alioquin poſt moram commiſſam ipſo quidem jure hæredi acquireretur, legatario tamen eſſet reſtituendum juxta textum ſic intelligendum in *l. cum ſervus* 39. §. 1. *verſic. etſi ſervus de legat.* 1. ut tradunt Interpretes laudati *num. dict.* 23. qui & conſulendi erunt pro explicatione textus in *d. l.* 15. *ad leg. Aquil.* Quæ quidem doctrina in 27

Digitized by Google

legato rei tranſmiſſibilis ſervo legato relicto procedit; cæterum ſervo legati uſusfructus in alio teſtamento relicti dies ante aditionem utriuſque hæreditatis non cedit *l. cum ita* 16. §. 1. *quando dies legat. ced.* nam ſi adhuc ab aditâ ſecundi teſtatoris hæreditate, cederet ante aditam tamen primi teſtatoris hæreditatem, inutiliter cederet penes hæreditatem, cui acquiri per ſervum hæreditarium uſusfructus non poteſt *l. heredit.* 61. §. 1. *de acquir. rer. dom.* quâ etiam ratione ſi ſervo hæreditario non legato uſusfructus legatus ſit, ejus dies ante aditam utramque hæreditatem non cedit *l. un. §. dies 2. vers. hàc ratione quando dies uſusfructus ced. l. ſi ſervo* 18. *quib. mod. uſusfr. amitt. d. l.* 16. *§. ult. quando dies legat. ced.* juncto Valentia *lib.* 3. *tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 12.

18 Ex quibus omnibus dirimenda jam eſt celebris quæſtio, quæ inquirit, an à morte teſtatoris, an verò ab aditâ hæreditate cedat prædialis ſervituris legatum? Et quidem tenendum eſt regulariter prædialis ſervitutis legatum propter tranſmiſſionis utilitatem à morte teſtatoris cedere, ut tradunt Cujacius *lib.* 15. *queſt. Papin. in l.* 3. *de reg. Caton.* Donellus *lib.* 10. *comment. cap.* 20. Hothomanus *lib.* 7. *obſerv. cap.* 2. Faber *lib.* 19. *conject. cap.* 16. cui doctrinæ acriter reſiſtere videtur vulgaris difficillimus tamen textus in *l. ult. verſ. idemque dicendum commun. præd.* Dixerat Paulus contra ſtrictam juris rationem ob benignitatem receptum eſſe, ut plures domini etiam diverſis temporibus imponere, vel acquirere ſervitutem poſſint, ità tamen, ut prior ceſſio ſit in ſuſpenſo, donec per poſteriorem confirmetur, quâ ſubſecutâ perinde eſt, ac ſi tunc eodem tempore omnes ceſſiſſent; unde inferebat; quòd ſi antequam poſterior cederet, primus qui jam ceſſerat ſervitutem, ceſſerit, aut partem ſuam alienaverit, prior ceſſio evaneſcit, nec per poſteriorem ut pote inhabili tempore factam confirmatur, & omnia ex integro facienda ſuut. Subjunxit poſteà *verſic. idem juris*, idem dicendum eſſe; ſi de ſervitute à pluribus prædii dominis acquirenda tractatur. Mox in *verſic. ex diverſo*, docuit quod ſi poſt quam primus jam ſervitutem ceſſerat, vel ei ceſſa erat ſervitus, alter, qui nondùm ceſſerat, vel acquiſierat ſervitutem, deceſſerit, omnia etiam ex integro facienda ſunt, quia quælibet ceſſio in ſuſpenſo eſt, uſque dum per poſteriorem confirmetur, confirmatio autem locum habere non poteſt, ubi poſterior ſocius antequam cederet, deceſſit. Progreditur in *d. verſic. idemque dicendum*, & ait idem etiam eſſe, ſi alter ex ſociis cedat, alter leget ſervitutem, quo ſanè caſu prioris ſocii ceſſio pendebit, donec per legatum ſervitutis ab altero ſocio relictum confirmetur, ut explicat Hothomanus & Faber *ubi ſuprà* adjicit poſtmodùm, quòd ſi omnes ſocii ſervitutis legaverint, ſi quidem pariter eorum adeatur hæreditas, utile legatum eſt, ſi verò diverſis temporibus ſociorum hæreditates adeantur, inutiliter dies legati cedit, quia non ſicut viventium, ità & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt, quæ quidem ratio difficillima redditur ex eodem Paulo ſibi contrario ſub eadem inſcriptione, ſeilicet *lib.* 1. *Manual. in l. uſusfr.* 26. *de ſtipul. ſerv.* tùm ſic, ergò prædialis ſervitutis legatum non à morte teſtatoris cedit, ſed ab aditâ hæreditate, alioquin quoties de ejus utilitate diſceptatur, non ſimultanea hæreditatum aditio, ſed ſimultanea ſociorum mors exigeretur argum. text. in *l. duo* 8. *de hæred. inſt.*

Quam difficultatem ut diſſolvant interpretes *anteriori num.* adducti, quibus & ſubcribit 29
Anteceſſor, & Præceptor meus diſertiſſimus D. Didacus de la Serna in *Academ. de ſerv. cap.* 3. *num.* 18. reſpondeut prædialis ſervitutis legatum quoad tranſmiſſionem à morte teſtatoris cedere, quoad obligationem ante aditam hæreditatem non cedere *l. ſi partem* 19. §. 1. *quemadmodm. ſervit. amit. l. ult. de ſerv. & ideò in d. l ult. commun. pred.* ubi de utilitate ſervitutis legatæ tractatur, non mortis ſed aditionis tempus, quo effectivè legatum confirmatur, inſpicitur. Verùm hæc ſolutio ſic ſolum accepta, prout ab his interpretibus traditur eo eo facilè convincitur, quod omne legatum, quod à morte teſtatoris cedit quoad tranſmiſſionem, ante aditam hæreditatem quoad obligationem, aut dominii acquiſitionem non cedit, ut fundavi *præced. cap. num.* 1. & probat prætereà textus ſic intelligendus in *l. filium. fam.* 27. *in princ. quando dies legat. ced.* & tamen quoties de ejus validitate tractatur, non aditionis, ſed mortis tẽpus expectatur. *l. 1. ex per to. tit. de reg. cat.* ergo ſi prædialis ſervitutis legatũ quoad effectum tranſmiſſionis cederet à morte teſtatoris, ubi de ejus utilitate diſceptaretur, nõ aditionis, ſed mortis tempus expectari debet, & per conſequens Paulus, qui in *d. ult.* non mortis, ſed aditionis tẽpus expectandum ſcribit, prædialis ſervitutis legatum propter tranſmiſſionis commodum à morte teſtatoris cedit, in ſpecie tamen textus in *d. l. ult.* ante aditam hæreditatem non cedit, quia ante inutiliter pro parte cederet *l. pro parte* 11. *verſ. pro parte deſervit*, & quia deficit tranſmiſſionis utilitas, quæ legatorum ceſſionem à morte teſtatoris induxit, ſi etenim legatarius ante aditas ſociorum hæreditates decederet, ad hæredem legatum non tranſmitteret, quod omninò extringueretur, nec poſſet jam per alterum legatum confirmari argum. textus in *d. l. ult. vers idem juris commun. præd.* Hæc namque ſolutio ex eo refellitur, quod ita demùm legatum, quod à morte teſtatoris inutiliter cederet, adhuc deficiente tranſmiſſionis commodo cedit ab adita hereditate, ſi teſtamentaria diſpoſitione inſpectà, utilem aliquem eventum poſſet ſortiri ergo non ab adita hæreditate, ſed à morte teſtatoris, & ſic inutiliter cedit. Si dices pro Goſſredo, unumquemquæ ſocium, qui ſervitutem legavit, alterius legatum vel jam relictum, vel relinquendum prævidiſſe, & ſic legatum etiam à teſtatoris diſpoſitione poſſe utilem aliquem eventum ſortiri, & eâ ratione ab adita hæreditate cedere argum. text. in *d. l.* 1. *C. qui non poſſ. ad libert. perven.* junctis quæ pro ejus expoſitione dixi *num.* 17. ſic argumentor; ergo etiamſi diverſis temporibus ſociorum ſocietates adeantur, quodlibet ſervitutis legatum utiliter cederet contra textum in *d. l. ult.* Conſequentiam ſic probo, quoties teſtator, qui prævidit ſervum in alio teſtamento legatum eſſe, aut hæreditarium eſſe, ipſi uſumfructum relinquit, ejus dies ante utriuſque hæreditatis aditionem non cedit nec tamen requiritur utramque hæreditatem ſimul adiri, ſed licèt diverſis temporibus hæreditates adeantur, utiliter legatum cedit à poſte-

riori hæreditatis aditione, textus ſic intelligen- in *d. l. 16. §. 1. & 2. quando dies leg. cum aliis adjunctis num.* 27. ergo ſi *in d. l. ult.* unuſquiſque ſocius alterius legatum prævidiſſet etiamſi diverſis temporibus eorum hæreditates adirentur, quodlibet ſervitutis legatum utiliter cederet. Cum ergo contrarium Paulus ſcribat, unuſquiſque ex ſociis alterius legatum non prævidit, ac per conſequens quodlibet ſervitutis legatum, quia teſtamentaria diſpoſitione inſpectâ nullum unquam utilem eventum poteſt ſortiri, non ab adita hæreditate, ſed à morte teſtatoris, & ſic inutiliter debuit cedere.

30 His itaque duabus ſolutionibus rejectis dicendum cenſeo in *d. l. ult.* quodlibet ſervitutis legatum utiliter à morte teſtatoris ceſſiſſe, quod ut evincam, ſuppono, quod licèt unus ex ſociis communi prædio imponere ſervitutem non poſſit, ſi tamen eam de facto impoſuerit, perſonali obligationi adſtringitur, ita ut utentem ſervitute quamvis nulliter conſtitutâ impedire non poſſit, expreſſus eſt textus in *l. per fundum 11. de serv. ruſt.* Ex quo infero, quod quemadmodum ex inutili ſervitutis conſtitutione ab uno ex ſociis facta utilis perſonalis naſcitur obligatio, ſic & ſervitutis legatum ab uno ex ſociis relictum quamvis quoad ſervitutem conſtituendam ſit inutile juxta textum, quem ſic intelligo *d. l. 11. verſic. pro parte de ſervit.* perſonalem ex teſtamento obligationem debet producere, cujus ratione hæres utentem legatarium impedire non poſſit. Hinc pendere arbitror ſervitutis legatum à quolibet ex ſociis relictum, utiliter à mortis tempore cedere, quamvis non ſimul, ſed diverſis temporibus ſocii deceſſerint, non quidem quoad tranſmiſſionem ſervitutis, cujus reſpectu inutile eſt legatum, ſed quoad tranſmiſſionem obligationis, quæ poſt aditam hæreditatem inducitur. Unde ſi poſteà pariter ſociorum hæreditates adeantur, utrumque legatum, quod mortis tempore utiliter ſolùm ceſſit quoad perſonalis obligationis tranſmiſſionem utile efficitur quoad conſtitutionem ſervitutis, quod in jure non implicat, nam ſervitutis legatum etiam ab eo, qui integrum prædii dominium habet relictum ad inſtar cujuslibet alterius tranſmiſſibilis legati, ſolùm quoad tranſmiſſionem, non verò quoad conſtitutionem ſervitutis à morte teſtatoris cedit, cum ergo ſervitutis conſtitutio ab adita demùm hæreditate incipiat. *d. l. ult. comm. præd. d. l. 19. §. quomadm. ſervitus amitt. d. l. ult. de ſerv. legat.* utrumque legatum, quod in *d. l. ult. commun. præd.* à mortis tempore utiliter cedit quoad tranſmiſſionem non quidem ſervitutis, ſed perſonalis obligationis, ſi pariter ſociorum hæreditates adeantur, efficax redditur quoad conſtitutionem ſervitutis, quæ aditæ ſimul utriuſque hæreditatis tempore non pro parte, ſed in ſolidum utiliter conſtituitur; ſi verò à diverſis temporibus ſociorum hæreditates adeantur, inutiliter adhuc cedit legati dies, ut ait Paulus in *d. l. ult.* id eſt quoad conſtitutionem ſervitutis, quaſi diceret, utrumque legatum è morte utiliter cedit quoad tranſmiſſionem non ſervitutis, ſed perſonalis obligationis; etſi diverſis temporibus ſociorum hæreditates adeantur, inutiliter adhuc cedit quoad tranſmiſſionem ſervitutis, quæ conſtitui pro parte non poteſt, utile tamen adhuc manet quoad perſonalis obligationis effectum. Ideò autem in præſenti licèt viventium actus ſuſpendantur *d. l. ult.* pro cujus quoad hanc partem conciliatione cum *d. l. 26. de ſtipulat. ſervor.* videndi interpretes *num.* 28. laudati; defunctorum tamen actus ſuſpenduntur, quia ſervitutis conſtitutio ab adita hæreditate perficitur, nec uſque ad alterius hæreditatis aditionem poteſt ſuſpendi ex his, quæ contra Goffredum *anteriori num.* dixi; Sed inſtabis, hoc ipſo; quod legatum ſervitutis à quolibet ex ſociis relictum utiliter à morte cedat quoad effectum tranſmiſſionis perſonalis obligationis, & ab aditis diverſis temporibus hæreditatibus, quoad ipſam perſonalem obligationem jam in effectu conſtituta ſervitus videtur. Reſpondeo adhuc in effectu ſervitutem conſtitutam dici non poſſe, ſed ſolum perſonalem obligationem productam, inter quæ duo multùm intereſt, ſi conſtituta ſervitus eſſet, prædio inhæreret, illudque comitaretur, ad quemcumque poſſeſſorem tranſiret *l. via 23. §. ſi fundus 2. de ſervit. ruſt. cum ſimil.* at perſonalis obligatio, quæ ex utroque legato inducitur, non prædium ſequitur, ſed hæredes dumtaxat afficit, *l. ult. §. 1. de contrahend. empt. l. 1. ſi hæres 26. ad Trebell.* quam differentiam docent Cujacius *lib. 24. obſerv. cap.* 22. Donellus *lib. 19. commentar. cap.* 21. & ibi Oſualdus *lit. L.* & cum pluribus Amaya in *l. 1. de annon. & trib. lib. 10. ex num.* 19.

Dixi prædialis ſervitutis legatum tanquam tranſmiſſibile à morte teſtatoris regulariter cedere, quod tunc locum habet, cùm prædii domino per teſtatoris prædium ſervitus legatur, ſi enim quis prædii dominus non eſſet, nonniſi inutiliter ſervitus legaretur, *l. 1. §. 1. commun. præd. l. etſi maximè 5. de ſerv. leg.* nam aliquando prædialis ſervitutis legatum, quia à morte teſtatoris inutiliter cederet, ut inutilem exitum habeat, ante aditam non cedit hæreditatem, veluti ſi teſtator fundum, & ad eum ſervitutem per alium fundum alicui legaverit, ut in terminis textus in *l. ſi fundus 23. l. Plautius 49. §. 1. de leg. falcid.* fundi quidem legatum utiliter à morte teſtatoris cedit, ſervitutis autem legatum nonniſi inutiliter cederet, quia fundi etiam per vindicationem legati dominium ante aditam hæreditatem in legatarium non tranſit, ut ſæpiùs dixi, penes legatarium verò fundi adhuc non dominum inutiliter dies legatæ cederet ſervitutis; ut itaque juxta teſtatoris diſpoſitionem utilem exitum habeat, ab aditâ cedit hæreditate, quo tempore apud legatarium jam fundi dominum utiliter legata ſervitus cedit, ut ſubtiliter docet Goffredus in *l. 3. de ſervit. legat. num. 15. cum trib. ſeqq.* qui aſſertionem hanc mirificè confirmat exemplo legati ſervo legato relicti, quod ex eâdem ratione ante aditam hæreditatem non cedit, ut dixi *num.* 23. & legati ſervo cum libertate dati, quod ſimiliter ab aditâ cedit hæreditate, ut vidimus *num.* 26. & ex eo rectè infert ex *num.* 20. quòd quemadmodum ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo, aut legato ſimpliciter relictum legatum eadem conditione ſuſpenditur, præſenti verò die, aut purè hoc expreſſim addito relictum legatum purum remanet, ab abitâ cedit hæreditate, & utile jam demùm eſt, ſi talis ſit li- 31

bertatis, aut prioris legati conditio, quæ ante aditam hæreditatem & impleri poſſit, & re ipſâ impleatur, ut dixi *num.* 16. & *num.* 24. ſimiliter ad fundum ſub conditione legatum relictum ſimpliciter ſervitutis legatum eâdem conditione ſuſpenditur, ad fundum autem ſub conditione legatum præſenti die, vel purè hoc expreſſim addito, relictum ſervituris legatum purum eſt, ab aditâ cedit hæreditate, & ità demùm ſubſiſtit, ſi ea ſit legati fundi conditio, quæ ante aditam hæreditatem & impleri poſſit, & re ipſâ impleatur, & generaliter quæcumque de legato ſervo libero eſſe juſſo, aut legato relicto diximus, eadem ex identitate ratioois in ſervitutis legato ad ſundum legatum relictum procedunt.

30 Hæc autem omnia conturbare videtur, qui non modò Interpretum, ſed & Anteceſſorum torſit ingenia, difficillimus textus in *l. ſi fundum 3. de ſervit. legat.* ubi cum teſtator Mævio fundum, & ad eum viam per alium fundum, & ad eundem fundum ſine viâ Titio legaſſet, docet Marcellus, qood utroque ſundum vindicante, viæ legatum inutiliter cederet, quia fundus communis efficitur inter legatarios, communi autem fundo ſocius ſine ſocio acquirere ſervitutem non poteſt; ſed ſi deliberante Titio, cui fundus ſine viâ legatus fuit, Mævius fundum cum via ſibi legatum agnoverit, & Titius poſteà legatum repudiaverit, aſſerit Conſultus utiliter legatæ ſervitutis diem cedere; ergò ad fundum legatum relictæ ſervitutis dies non cedit ab aditâ hæreditate; probatur conſequentia: Mævius, qui legatum agnovit, deliberante Titio, partem ſolùm fundi potuit vindicare in melioti ſententiâ, quam probat textus in *l. 2. ſi pars hered. petat. l. Titio 34. cum duab. leg. ſeqq. ad l. Aquil. l. hec ſcriptura 26. §. 1. l. ſi ſeparatim 30. de C. & D.* & tuetur Goveanus *animadv. jur. cap. 6.* & Faber *de error. pragm. de caduc. 49. error. 9.* quidquid contrariam opinionem ſuodet Bellonus *de jur. accr. cap. 7. quæſt. 37. ex num. 43.* ergo penes eum, ut pote qui ab aditâ hæreditate fundi ſolùm partem acquiſierat, aditionis tempore nonniſi ioutiliter legata ſervitus cederet; cui difficultati, omiſſis quæ tradunt Interpretes addncti *num.* 28. & D. Didacus de la Serna in *Academ. de ſervit. cap. 3. num. 20.* quos impugnare facillimum eſſet: Reſpondeo, quod etſi ſervitutis legatum ad fundum legatum relictum regulariter ab aditâ cedat hæreditate, in Marcelli tamen ſpecie, quia ab aditâ hæreditate inutiliter cederet, ut utilem exitum habeat propter teſtatoris voluntatem ante conjuncti collegatarii agnitionem, vel repudiationem non cedit, quod quidem præter quam quod exptesſè ab ipſo conſulto aſſeritur, qui ex temporè agnitionis, vel repudiationis juncto collegatario utiliter, vel inutiliter cedere ſervitutis legatum docet, ex eo etiam à ſimili confirmatur, quod & aliquando ſervitutis ad fundum legatum relictæ ceſſio etiam poſt aditam hæreditatem ex teſtatoris voluntate contingit, veluti ſi ad fundum per damnationem legatum relicta ſervitus ſit argumento eorum, quæ dixi *num.* 26. & conducunt quæ Goffredus in *d. l. 3. ex num.* 31. ſimiliter ergò & in *d. l.* ſervitutis legatum non ab aditione hæreditatis, ſed à conjuncti collegatarii agnitionis, vel repudiatiotis tempore cedit.

Progreditur Marcellus in *d. l. 3. de ſervit. legat.* & *in verſ. quanquam* duplicem caſum pro- 31
ponit, in quo inutiliter legatum ſervitutis cedit. Primus eſt, ſi teſtator fundum alicui ſub conditione, & ad eum viam per alium fundum purè legaverit; ſecundus eſt, ſi pro parte fundum purè, pro parte ſub conditione, & viam ſine conditione legaverit, & utroque caſu ſi quidem pendente conditione legatæ ſervitutis dies ceſſerit, ſervitutis legatum inutiliter cedere affirmat. Cujus aſſertionis deciſivam rationem, quam nec Interpretes, nec Anteceſſores perceperunt, ſolus percalluit Goffredus, in *d. l. 3. ex num.* 20. qoi etiam deducit ex his, quæ dixi *num.* 31. quoties fundus ſub conditione, & ad eum ſervitus purè, aut ſine conditione, hoc expreſſim adjecto, legatur, ſervitutis legatum tanquam purum ab aditâ cedit hæreditate, & ità demùm ſubſiſtit, ſi talis ſit legati conditio, quæ ante aditam hæreditatem & impleri poſſit, & re ipſâ impleatur, alioquin ſi legati fundi conditio aditæ hæreditatis tempore nondùm extiterit, inutiliter dies legatæ ſervitutis cedit argum. textus in *d. l. 91. §. 1. de legat. 1. l. 86. de C. & D.* Cum ergò apud Marcellum vel integer ſundus ſub conditione, vel pro parte ſub conditione fuiſſet, legatus, & ad eum purè, aut ſine conditione, hoc expreſſim adjecto, quod neceſſariò ſupponendum eſt, via relicta fuiſſet, rectè reſpondit Conſultus, quòd ſi aditionis hæreditatis tempore adhuc pendeat legati fundi conditio, viæ legatum inutiliter cedit, ut pote quæ nec à non domino, nec à partis domino poteſt acquiri. Difficilior profectò eſt ſequens *verſiculus ut reſponſum eſt d. l. 3.* ubi quod *anteriori verſic.* dixerat, ex eo Marcellus confirmat quod ſi teſtator alteri purè legaverit, & pendente conditione deceſſerit, inutile legatum eſt, quæ quidem deciſio ex eo difficilis redditur, quòd viæ legatum purè relictum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, à morte teſtatoris cedit; ergò ab initio ſic debuit per Catonianam regulam infirmari, ut nec poſſet convaleſcere, etiam ſi mortis teſtatoris tempore alterius legati conditio jam extitiſſet. Verùm ut ſubtiliter prævidit Goffredus in *d. l. 8. §. 2. diſput. l. ex num.* 27. viæ legatum purè relictum in præſeoti ante aditam non cedit hæditatem, qoia ut dixi *num.* 24. illud legatum, quod à morte inutiliter cederet, ſi quidem teſtamentariâ diſpoſitione inſpectâ, utilem aliquem eventum poſſit ſortiri, ante aditam non cedit hæreditatem *d. l. ſi optio 13. de opt. legat.* ſed viæ legatum alteri ex vicinis purè relictum à morte pro parte ſolùm, & ſic inutiliter cederet, quod tamen teſtamentariâ diſpoſitione perſpectâ, utilem aliquem eventum poſſit ſortiri; ſi ante aditam ſcilicet hæreditatem alterius legatarii conditio exiſteret; ergò antè aditam non cedit hæreditatem, & utile jam erit, ſi alterius legati conditio ante aditam hæreditatem extiterit. Si dicas falsò igitur aſſerit Marcellus ex eo viæ legatum purè relictum inutile eſſe, quod pendente alterius conditione legati teſtator deceſſerit: Reſpondet Goffredus, cujus ſolutionem præfero Cujacii emendationi *lib. 1. obſerv. cap. 28. & ad Pandect.* in *d. l. 3.*

Digitized by Google

quod Marcellus ſcribit purum viæ legatum inutile ex eo eſſe, quod teſtator alterius legati adhuc pendente conditione deceſſerit, accipiendum ita eſſe, ſi & aditionis hæreditatis tempore conditio adhuc pendeat, & eam Marcelli fuiſſe ſententiam ex eo probat, quia rationem illam Conſultus ſubjungit; quia alterius legatarii perſona impedimento eſſet, quominùs ſolidus fundus cum viâ vindicaretur; ſed ſervitutis vindicatio nonniſi poſt aditam hæreditatem poteſt exerceri *d. l. ult. de ſervit. legat.* ergò non ex eo quod mortis, ſed potiùs quod aditionis hæreditatis tempore alterius legati conditio pendebat, viæ legatum purè relictum inutile reddit, potiùs Marcellus intellexit. Verùm ſi ex bonâ fide cenſendum eſt, finalis illa textus ratio, quia *alterius legatarii &c.* cum circa fundi ſimul, & viæ vindicationem verſetur, referri ad ultimam ſpeciem non poteſt, in quâ non fundum, ſed viam ſolùm teſtator legaverat: referenda igitur potiùs eſt ex doctrinâ Cujacii ad *Pandect. in d. l. 3.* ad priorem ſpeciem, quam *præced. num.* jam explicuimus. Secundò itaque, & meliùs ſuam interpretationem ex eo fundat Goffredus, quod in ultimâ hac ſpecie idem, ac in duplici anteriori Marcellus reſpondet, ſed duplici præcedenti ſpecie purè relictum ſervitutis legatum ante aditam non cedit hæreditatem, & utile eſt, licèt mortis tempore adhuc pendeat legati fundi conditio, dummodò antè aditam hæreditatem extiterit, ergo ut poſterior ſpecies duplici anteriori conſentiat, eam fuiſſe Marcelli mentem dicendum eſt, ut ſcilicet alteri ex vicinis purè relictum ſervitutis legatum ante aditam hæreditatem non cedat, & utile jam demùm ſit, ſi alterius legati conditio ante aditam hæreditatem extiterit, inutile verò ita taliter, ſi non modò mortis teſtatoris, ſed & aditionis hæreditatis tempore alterius legati conditio nondùm extiterit.

32 Singulas jam ultimæ diſpoſitionis ſpecies, quæ ab aditâ cedunt hæreditate, diligenter colligimus. Nunc illud monendum duxi, totam hujus capitis doctrinam ita procedere, ſi extraneus hæres ſit inſtitutus; nam ſi ſuus, vel neceſſarius hæres inſtitutus ſit, cum unum, idemque ſit inſtans delatæ & acquiſitæ hæreditatis *l. in ſuis 11. de liber. & poſthum. l. in ſuis 11. de ſuis, & legitim. hæred.* omnia in teſtamento purè relicta ſtatim à morte teſtatoris cedunt, ut de tutelâ & libertate ſunt textus in *l. penult. de teſtam. tutel.* junctis quæ dixi *num.* 15. & in *l. ſi poſt mortem* 68. §. 1. *de legat.* 1. Hinc ea legata, quæ extraneo hærede inſtituto, quia ab aditâ cedunt hæreditate, Catonianæ regulæ poteſtatem effugiunt ex reguiâ textus in *l. 3. de reg. Caton.* ſuo aut neceſſario hærede inſtituto, quia à morte teſtatoris cedunt ab initio per Catonianam regulam infirmantur *d. l.* 91. §. 1. *verſ. neceſſario de legat.* 1. *d. l.* 13. *in princ. verſ. quod ſi neceſſarius de opt. legat. d. l.* 86. *verſ. u ſi forte neceſſarius de C. & D.* quod indiſtinctè verum eſt, ſivè ex aſſe, ſivè ex parte ſuus, aut neceſſarius hæres ſit inſtitutus, dummodò ab eo nominatim legatum relictum ſit, alioquin, ſi ab extraneo cohærede nominatim relictum ſit, quia ab aditâ cedit hæreditate, Catonis regulæ non ſubjicitur, ut docent Pinellus *lib. 2. ſelect. cap.* 13. *num.* 20. & Cheſius *lib. 1. interpret. cap.* 28. *num.* 19. ſi verò ab utroque hærede ſuo ſcilicet, aut neceſſario, & extraneo legatum relictum ſit, pro ſui, aut neceſſarii hæredis parte, pro quâ à morte teſtatoris cedit, Catonis reguiæ ſubjicitur, pro extranei autem hæredis parte, pro quâ ante aditam non cedit hæreditatem, cjus regulæ poteſtatem effugit, quò Julianum reſpexiſſe cum judicio contendit Pinellus, ubi nuper, dùm in *d. l.* 91. §. 1. *verſ. neceſſario de legat.* 1. dixit ſervo proprio ſub conditione libero eſſe juſſo præſenti die, aut purè, hoc ſcilicet expreſſim adjecto, relictum legatum neceſſario ex aſſe hærede ſcripto ſtatim ab initio per Catonianam regulam infirmari, etſi ea fuerit libertatis conditio, quæ poſſit ante aditam hæreditatem impleri, ideò namque neceſſarium ex aſſe hæredem ſcriptum ponit Julianus, quia tunc integrum legatum, quod à mortis tempore cedit, ab initio per Catonianam infirmatur, neceſſario autem ex parte hærede ſcripto ab extraneo nominatim relictum legatum Catonianæ non ſubjiceretur, & ab utroque hærede relictum legatum pro ſui, aut neceſſarii hæredis parte dumtaxar ineſſicax ab initio eſſet. Cujus ramen doctrinæ illam limitationem ſubjicit Pinellus *d. cap.* 13. *num.* 21. ſi ſcilicet ſuus hæres ab hæreditate ſe abſtinuerit, quo caſu ab utroque hærede relictum legatum ab extraneo integrum præſtandum ideò exiſtimat, quia cum ſuus poſt abſtenſionem ad extranei hæredis conditionem redigatur *l. nam nec emancipatus* 89. *de legat.* 1. perinde eſt, ac ſi ab initio uterque extraneus hæres fuiſſet, & alter repudiaſſet, quo ſanè caſu ſolidum legatum debetur. Sed fallitur Pinellus, nam cùm legatum pro ſui hæredis parte ab initio ſit inutile, & à morte inutiliter cedat, etiam ſupervenienti abſtenſionis caſu convaleſcere non poteſt contra Catonis regulam. Nec Pinello favet, quod in *d. l.* 91. §. 1. de neceſſario hærede, qui abſtenſionis beneficio non gaudet, Julianus loquatur, neceſſarii etenim hæredis nomine ſuus etiam hæres, qui neceſſarius ſimul eſt, denotatur, & in ſuo non minùs, quàm in neceſſario hærede integra Juliani ſententia verificatur.

CAPUT TERTIUM.

De legatis, quæ ab exiſtentiâ conditionis cedunt.

Sub conditione relictum legatum ante exiſ- 1
tentiam conditionis non cedere, & ſic nec ad hæredem tranſmitti, ſi legatarius pendente adhuc conditione deceſſerit, explorati juris eſt, *l. ſi poſt diem 5. §. ſed ſi ſub condit. 2. ſi dies 22. in ſin. princ. l. ſi Titio 22. in princ. quando dies legat. ced. l. un. §. ſin autem 7. C. de caduc.* nam illud legatum à morte teſtatoris cedere ſæpè diximus, quod aditâ hæreditate debitum iri certum non eſt, cùm poſſit conditio deficere; ejus igitur ceſſio non à morte teſtatoris, ſed ab exiſtentia conditionis contingit. Statim tamen ſe offert vulgaris inſtantia, ex eo quod conditionalis contractus dies nec cedere, nec venire dicitur ante exiſtentiam condirionis *l. cedere diem* 213. *de verb. ſign.* & qui ſub condirione contrahit, interim debitor non eſt, expreſſi ſunt textus in *l. ſub condirione* 16. *l. qui promiſit* 48. *de condit. indeb. l. fidejuſſor.* 16. §.

ſtipulatione 5. *de fidejuſſor. l. hic damnum* 169. *de reg. jur.* ubi Petr. Faber *lib.* 2. *ſem. cap.* 19. *duob. ſeqq.* Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 30. ubi Oſualdus *litt. E. & lib.* 15. *cap.* 11. ubi Oſualdus *litt. A.* Fachinetus *lib.* 11. *controverſ. cap.* 47. Anton. Gomez *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 28. & tamen conditionalis contractus ſpes etiam pendente conditione ad hæredem tranſmittitur §. *ſub conditione* 4. *verſ. ex conditionali inſt. de verb. oblig.* §. *cum quis* 25. *inſt. de inutil. ſtipul.* ergo etſi conditionale legatum nec peti , nec deberi ante exiſtentem conditionem poſſit *l. ut hæredibus* 50. §. *ult. de legat.* 2. *l.* 5. *ſi dies* 2. *ut legat. nom. cav.* ejus tamen ſpes etiam dum pendet conditio debet ad legatarii hæredem tranſmitti. Accedit , quod quemadmodum qui ſub conditione contrahit impropriè , & quodammodo creditor dicitur etiam pendente conditione *l. creditores* 10. *de verb. ſign. l. is cui* 42. *de oblig. & act.* ſic & conditionalis legatarius interim dum pendet conditio improprium creditoris conceptum obtinet , ut & cautionem poſſit ab hærede extorquere *d. l.* 5. §. 2. *l. hæc ſtipulatio* 14. *ut leg. nom. cav. l. ſi ſtichum* 38. §. 1. *de fidejuſſor.* & ex causâ non præſtitæ cautionis mitti in poſſeſſionem jure deſideret *l.* 5. §. *penult. & ult. l. etiam* 9. §. 1. *ut in poſſeſſionem legat.* quinimò & plures alios effectus conditionale legatum producit , quod evincere videtur conditionalem legatarium adhuc pendente conditione impropriè , & quodammodo creditorem eſſe , ut colligitur ex *l. & hærede* 21. §. *item* 4. *l. parum* 46. *de pactis l.* 4. *de tranſact. l. ſi ſtichum* 8. *de novat. l. ſi ſub condit.* 21. *de acceptil.* quæ jura & propriâ obſervatione illuſtravi , & cum *l. legata* 41. *de C. & D. l. & per jusjur. l.* 3. §. *ſi legator.* 8. *de acceptil.* conciliavi in *Academ. de pact. liberat. cap.* 1. *num.* 4. *cum ſeq.* ergo improprius obligationis conceptus , qui efficit , ut conditionalis contractûs ſpes ad hæredes tranſmittatur , efficere etiam debet , ut conditionalis ſpes etiam pendente conditione poſſit ad legatarii hæredem tranſmitti. Denique eundem improprium creditoris conceptum legatarium conditionalem , ac eum, qui ſub conditione contrahit , obtinere ſic probo : ſicuti qui ſub conditione promittit , etiam pendente conditione , impropriè debitor dicitur , etſi interim deceſſerit , hæredem ſuum obligatum relinquit *l. ſi quis* 57. *de verb. oblig. d.* §. 15. *in fin. inſt. de inutil.* ſic & hæres , à quo ſub conditione legatum relictum eſt , etiam dum pendet conditio , impropriè debitor eſt , & interim decedens hæredem ſuum obligatum relinquit *l. qui uſumfr.* 36. §. 1. *verſ. idemque de uſufr. l. legato* 65. *de C. & D. l. falcidia* 24. §. 1. *verſ. l. ſi a te hærede* 10. *ut legat. nom. cav.* ergò & conditionalis legatarius interim impropriè creditor eſt , implicat etenim , ut hæres à quo ſub conditione legatum relictum eſt , debitor interim quodammodo intelligatur , & quod conditionalis legatarius eodem ſenſu creditor non intelligatur , cum obligatio nonniſi inter debitorem & creditorem conſiſtat , ac per conſequens conditionalis legati non minùs , quàm conditionalis contractûs ſpes , adhuc pendente conditione , debet ad hæredem tranſmitti.

2 Nec difficultatem diſſolvunt Barthol , Zaſius, & alii antiquiores in *l. ſi filiusfam.* 78. *de verb. oblig.* quos ſequuntur Hothomanus *lib.* 5. *obſerv. cap.* 130. & Arias de Meſa *lib.* 3. *variar. cap.* 42. *num.* 2. & 4. dum aſſerunt ideò conditionalis contractûs ſpem ad hæredem tranſmitti, quia exiſtens quandocumque conditio ad tempus contractûs contrahitur *l. neceſſario* 8. *in princ. verſ. quod ſi pendente de peric. & com. rei vend. l. qui balneum* 9. §. 1. *l. potior* 11. §. 1. *qui pot. in pign. hab.* conditionalis autem legati ſpem ad hæredem ex contrario non tranſmitti , quia exiſtens legati conditio nec ad mortis teſtatoris , nec ad aditionis hæreditatis tempus retrotrahitur *l.* 1. §. *ſervi* 4. *ad Sillanum* ; hæc namque ſolutio etſi communiter in ſcholâ noſtrâ recepta ex pluribus diſplicet , verius quippe eſt nullam in jure noſtro conditionis retrotractionem admitti ex his , quæ ſubtiliter diſputat Antonius Faber *lib.* 11. *conject. cap.* 6. & maturiori judicio docet Oſualdus *lib.* 9. *commentar.* Donell. *cap.* 6. *litt. E. cum ſeq.* qui rectè animadvertunt numquam conſultos ſcripſiſſe , quòd exiſtens conditio ad tempus contractûs retrotrahitur , quaſi jam tunc extitiſſet, ſed ſolùm quod exiſtente quandocumque conditione contractus perinde habetur , ac ſi purè, & ſine conditione ab initio initus fuiſſet , ut perſpicue conſtat ex *d. l.* 8. *de pericul. & commod. rei vend. d. l.* 9. §. 1. *d. l.* 11. §. 1. *qui potior. in pign.* Eadem verò juris fictio circa conditionalem verſatur , & exiſtente quandocumque conditione legatum perinde habetur , ac ſi purè , & ſine conditione fuiſſet relictum , expreſſus textus in *ſi pupillus* 26. *de condit. inſt.* conducunt , & textus in *l. ult.* §. 1. *de vulgar. l. quod dicitur* 38. *in princ. de teſtam. milit.* §. *ſed hactenus* 3. *verſ. quid ergo inſt. eod. tit.* Et ſanè unam, eandemque juris fictionem poſt exiſtentem conditionem circa legatum , & contractus locum habere ex eo evidenter convincitur , quòd quemadmodum primus creditor , cui res ſub conditione pignori fuit obligata , ideò in pignoris cauſa præfertur , quia ubi ſemel extitit conditio , perinde prior habetur obligatio , ac ſi ab initio purè , & ſine conditione fuiſſet contracta *d. l.* 9. §. 1. *d. l.* 11. §. 1. *qui potior.* ſic etiam & conditionalis legatarius , cui hæres rem aliquam ex nomine pignori obligavit, poſt exiſtentiam conditionis creditori , cui pendente legati conditione , eadem res purè ab hærede fuerat obligata in pignoris cauſa præfertur , ut vulgò probari ſolet ex *l.* 2. *qui potior.* & elegantius probat ſingularis , & expreſſus ad rem Africani textus in *d. l.* 9. §. *ſed etſi* 2. *eod. tit.* ergo poſt exiſtentem conditionem legatum ad inſtar contractûs perinde habetur , ac ſi purè & ſine conditione fuiſſet relictum , alioquin legatarius poſt exiſtentiam conditionis non præferretur creditori , cui eadem res pendente legati conditione ab hærede pignori fuiſſet obligata. Hoc ipſum ex eo dignoſcitur , quod rei per vindicationem legatæ ab hærede interim facta alienatio , exiſtente poſtea conditione reſolvitur *l. ſervo* 69. §. 1. *de legat.* 1. Et ſimiliter ſervitus fundo per vindicationem legato ſub conditione ab hærede medio tempore impoſita, quamvis interim dum pendet conditio, ſubſiſtat, cum fundi dominium penes hæredem interim perſiſtat , *l. non idem minus* 66. *de rei vindicat.* quod & probat textus in *d. l.* 1. §. 4. *ad Syllan.* qui communem , quam impugnamus , ſolutionem non adſtruit , ut ex ejus litterâ

conſtat, poſt exiſtentem conditionem omninò reſolvitur *l. is cui n. §. 1. quemadm. ſerv. amitt. l. ſi fundum* 105. *de C. & D.* quia exiſtente quandocumque conditione legatum perinde habetur, ac ſi purè, & ſine conditione relictum fuiſſet, ut dum hæc jura interpretantur, agnoſcunt Schyphondegeus *lib. 3. illuſtr. tract. 6. cap. 1. num. 13. cum duob. ſeqq.* Cum itaque una, eademque juris fictio in legato, & contractu poſt exiſtentem conditionem verſetur, difficillimum eſt, quod conditionalis legati ſpes ad legatarii hæredem non tranſeat, cùm tamen conditionalis contractùs ſpem ad hæredem tranſmitti certum ſit.

3 Reſpondent alii, quos refert, & ſequitur D. Olea *de ceſſione juris tit. 3. quæſt. 10. num. 9.* in contractibus id tempus expectari, in quo contrahitur, & ſic conditionalis contractus ſpem ad hæredem tranſire, in legatis verò ceſſionis tempus attendi, ac proinde conditionalis legati, quod ante exiſtentiam conditionis non cedit, ſpem ad hæredem tranſmitti non poſſe. Hujus autem rationis rationem cum judicio præſtitit Donellus in *l. ſi filiusfam. 78. de verb. oblig.* & fundavit Oſualdus *ad eundem dict. lib. 9. commentar. cap. 6. litt. P.* Ex conditionali contractu actio quidem ante exiſtentem conditionem non naſcitur, ſed ſola ſpes debitum iri, quæ tamen in bonis ſtatim eſt, quia contractus cum utriuſque partis factum contineat, etiam ſub conditione celebratus ex præſenti conventionis tempore vires accipit, *l. uſusfr. 26. de ſtipul. ſerv.* & qui ſub conditione ſtipulatur licèt non actionem, ſpem tamen debitum iri proprio ſtipulationis facto ſtatim acquirit, eamque ideò ad hæredes tranſmittit, etſi pendente conditione deceſſerit *l. in quantitate 73. §. 1. ad leg. falcid.* Ex conditionali autem legato ea quidem ſpes eſt debitum iri, ea tamen in legatarii bonis non eſt, nam cùm legatum nullum legatarii factum, ſed ſolam teſtatoris liberalitatem contineat, non ex præſenti, ſed ex ceſſionis tempore vires accipit, & ſub conditione relictum ab exiſtentis conditionis tempore æſtimatur, nec legatarius, cujus nullum factum intercedit, ſpem debitum iri, legatum etiam poſt aditam hæreditatem, interim dum pendet conditio, poteſt acquirere, & pendente conditione decedens nihil ad hæredem tranſmittit; hæc diſcriminis ratio ſic ampliùs explicatur, quia contractus ex utrioſque contrahentis conventione proficiſcitur, qui ſub conditione contrahit, id agit, ut ſpem debitum iri ſtatim acquirat, ut ſic non ſibi dumtaxat, ſed & hæredibus conſulat, *l. ſi pactum 9. de probat.* At quia legatum ex ſolâ teſtatoris liberalitate dimanat, & ex ejus voluntate æſtimatur, conditionalis legatarius nihil interim acquirit, cum teſtator non in ſpe, ſed in ipsâ re, quam ſub conditione legavit, conſiſtere legatum voluerit. Hinc licèt is, qui ſub conditione ſtipulatur adhuc pendente conditione propter ſpem, quam in bonis habet, veluti quendam creditorem ſortiatur *d. l. 42. de oblig. & act. d. l. 10. l. conditionales 54. de verb. ſig.* conditionalis tamen legatarius, quia nec ſpem quidem in bonis habet, interim dum pendet conditio nec impropriè creditor dici poteſt *l. d. 42. de oblig. & act. l. in fraudem 27. in princ. verſ. diverſa cauſa qui, & à quib.*

Nec conditionalem legatarium interim im- 4
propriè ſaltem creditorem eſſe evincunt, quæ *num. 1.* dicebamus; quod etenim conditionalis legatarius ab hærede cautionem extorquere, & ex cauſa non præſtitæ cautionis in poſſeſſionem mitti poſſit, ex prætoria æquitate deſcendit ea ratione ſubnixa, quòd licèt conditionalis legati ſpes interim in legatarii bonis non ſit, negari tamen non poteſt ſpem ſubeſſe debitum iri legatum, hinc in caſum exiſtentis conditionis juxta textum ſic intelligendum in *l. ſi filiusfam. 11. quib. ex cauſis in poſſeſſ. eatur;* ne itaque in hæredis eſſet arbitrio bona diſſipare, & conditionalis legati contra defuncti judicium intercipere per cautionis beneficium, & miſſionis in poſſeſſionem remedium conditionali legatario meritò Prætor proſpexit. Sed dices: licèt lex Ælia ſentia etiam in conditionalis creditoris fraudem ſervum manumitti prohibeat, *l. cum his 8. l. ſi cum fideicom. 16. §. ſi ſub condit. 4. qui & à quib.* juncto Santolaria *interpret. 19.* in conditionalis tamen legatarii fraudem, quia interim nec improprius creditor eſt, ſervum manumitti permittit *l. 27. in princ. eod. tit.* docet Antonius Faber in *Papin. tit. 6. part. 2. illat. 6.* & tamen per ſervi manumiſſionem factam ab hærede, qui ſolvendo non eſt, conditionalis legati ſpes penitus evaneſcit, ut notum eſt, ergo hoc ipſo, quod conditionalis legatarius interim nec improprius creditor ſit, nulla æquitatis ratio ſubeſt propter quam ab hærede cautionem exigere, & ex causâ non præſtitæ cautionis in poſſeſſionem mitti poſſit. Pro cujus difficultatis ſolutione dicendum exiſtimo ideò in conditionalis legatarii fraudem ſervum manumitti poſſe, quia lege ælia ſentia, quæ in fraudem creditorum manumiſſionem prohibuit tanquam libertatis impedientem ad terminos conditionalis legatarii, qui interim nec impropriè creditor eſt, conſulti extendere auſi non fuerunt, præcipuè cum per cautionis, & miſſionis in poſſeſſionem beneficia ejus ſecuritati ſatis conſulendum fuiſſet, quod tamen accipiendum non eſt de ſervo ſub conditione per vindicationem legato, qui interim ab hærede, etſi is locuples, & ſolvendo exiſtat, manumitti non poteſt *l. ſervum 11. de manumiſſ. legat. generaliter 29. §. 1. qui, & à quib.* junctis quæ tradit Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 6. cap. 2. num. 11. cum 4. ſeqq.* Rursùs quòd conditionalis legatarius poſſit de legato non petendo paciſci, non ex eo provenit, quod interim impropriè creditor ſit; ſed ex eo, quod in futurum tempus exiſtentis ſcilicet conditionis confertur, ſpes autem ſubeſt, ut legatarius in eum caſum creditor ſit, & ſimiliter quia novatio in futurum tempus confertur, conditionale legatum poteſt novari, quæ ſingula diligentiùs expoſui in *Academ. de pactis liberat. cap. 1. num. 4. cum ſeq.*

Sed nec ex eo, quod ſi hæres, à quo ſub 9
ſub conditione relictum legatum eſt, pendente adhuc conditione deceſſerit, hæredem ſuum obligatum relinquat, inferri poteſt hæredem debitoris, & legatarium creditoris interim improprium conceptum ſortiri, quod enim hæres, à quo legatum ſub conditione relictum eſt, interim decedens hæredem ſuum obligatum relinquat, cum tamen legatarius pendente conditione decedens conditionalis legati ſpem

Digitized by Google

tranſmittere ad hæredem non poſſit, teſtatoris voluntas noo efficit, qui ſuperſtiti legatario exiſtentis conditionis tempore omnimodè deberi legatum volt, & licèt hæres, à quo ſub conditione relictum legatum eſt, efficere non poſſit, ut in exiſteotis conditionis caſum legatum non debeatur ad inſtar ejus, qui ſub conditione promittit, vel aliter cootrahit, cui abſque alterius contrahentis conſenſu etiam pendente conditione à contractu reſilire non licet, argum. text. in *d. l.* 8. *de peric. & commod. rei vend.* adhuc tamen nec impropriè debitor dici poteſt, cùm nec conditionalis legatarius improprius creditor ſit, & obligatio impropria nonoiſi inter debitorem, & creditorem conſiſtat. Nec tunc obſtat quod cooditionalis legatarius, cui res legati nomine ab hærede fuerit obligata creditori, cui eadem res adhuc pendente legati conditione purè fuit obligata, in pignoris cauſa præfertur *d. l.* 9. §. 2. *qui potior.* prælationis namque ratio non ex eo oritur, quod hæres interim aliquo caſu debitor ſit, aut legatarius aliquem creditoris conceptum obtineat, ſed ex eo potiùs, quod ut *num.* 1. dixi exiſtenre quandocumque conditione legatum perinde habetur, ac ſi purè, & ſine conditione relictum fuiſſet; atqui ſi legatum purè relictum fuiſſet, legatarius proculdubiò ſecundo creditori in pignoris cauſa præfertur, ergo & poſt ſemel exiſtentem conditionem debet ſecundo creditori præferri.

6 Ex eo autem, quod conditionale legatum ante exiſtentiam conditionis non cedit, infertur, quod ſi filiofamilias, aot ſervo ſub conditione legatum relictum ſit, ſi quidem exiſtentis conditionis tempore ſervus, aut filius ſui juris factus inveniatur, legatum non ad patrem, vel dominum, ſed ad ipſum ſervum manumiſſum, aut emancipatum filium ſpectat. *L. ſi uſusfr.* 14. §. *ult. quando dies legat. ced. l. quæ legata* 18. *de reg. jur. l. ſi uxorem* 5. *C. de condition. inſert.* junctâ generali regulâ textus in *l.* 5. §. *ult. quando dies legat. ced.* quamvis ſi filius, aut ſervus aliquid ſub conditione ſtipuletur, conditionalis ſtipulationis ſpes patri, vel domino ſtatim acquiratur, adeò ut licèt poſt filii emancipationem, aut ſervi manumiſſionem conditio extiterit, integrum tamen ſtipulationis commodum ad patrem, vel dominum ſpectet *l. ſi filiusfam.* 78. *de verb. oblig. l. non omne* 144. §. 1. *de reg. jur.* cujus differentiæ ratio pendet ex his, quæ ex *num.* 3. tradidimus. Hinc quoties filiofamilias ſub conditione relictum legatum eſt, hæres tam filio, quam patri cavere compellitur *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *ut legat. nom. caveat.* argum. text. in *l. ſi duo* 16. *eod. tit.* nam ambo ſpem commodi habent, patet quidem exiſtentis conditionis tempore, ſi filius in ſuâ adhuc poteſtate permanſerit; filius verò ſi quidem quo tempore conditio extiterit, jam ſui juris factus inveniatur, perinde eſt, ac ſi duobus ſub contrariis conditionibus res relicta fuiſſet, utrique etenim ſatisdatur *l. Paulus* 8. §. 1. *de Prætor. ſtipul.* neutro tamen caſu præjudicium aliquod hæres experitur, cum uni, iidemque fidejuſſores pro hærede apud eos, qui ſpem commodi habent, poſſint intercedere, ut docet Ulpianus *d. l.* 3. *ut legat. nom.* Et ſi quidem hæres cavere recuſet, tam filium, quàm patrem mitti in poſſeſſionem debere, quia ambo ſpem commodi habent, idem Ulpianos reſpondit in *d. l.* 11. *quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* quemadmodum & ex eâdem ratione, obi duobus ſub diverſis, vel contrariis conditionibus eadem res relinquitur, ſi quidem hæres cautionem non præſtiterit, uterqoe mittitur in poſſeſſionem *d. l.* 9. §. 1. *ut in poſſeſſion. legat.* docent Cujacius *lib.* 5. *quæſt. Papin.* in *d. l.* 8. §. 1. *de prat. ſtipul.* & *lib.* 28. *quæſt. ejuſdem* in *d. l.* 3. *ut legat. nom. cav.* Pichardus in *lect. ad tit. de acquir. hæred. cap.* 15. *num.* 17. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 2. *num.* 28. ideò autem conditionalis legati nomine non modò patri, ſed & ipſi filio cavere hæredem oportet, quia alioquin ſi patri dumtaxat caveretur, filio proſpectum non eſſet in eum caſum, quo exiſtentis conditionis tempore ſui juris factus inveniatur, ut ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. *ult. ut leg. nom.* qui & ſubjungit, quod ſi quo tempore conditio extiterit, filius ſui juris ſit, quia ſibi legatom fidejuſſor acquirit, qui legati nomine apud patrem interceſſit, ſi quidem ab ipſo patre conveniatur, poteſt eum per exceptionem ſubmovere. Quam Ulpiaul ſententiam ultra omnium, quos viderim, captum, de exceptione facti, non juris accipio; juris namqoe exceptio eſt actionis excluſio *l.* 2. *de except.* ubi autem filius exiſtentis conditionis tempore ſui juris factus inveniatur, patri adversùs hæredem legati nomine actio non competit ei, apud quem reus obligatus non eſt. *L. fidejuſſor.* 16. *in princ. de fidejuſſor.* cùm fidejuſſoria obligatio tanquam acceſſoria conſiſtere abſque principali non poſſit, ergo fidejuſſor, qui ipſo jure patri oon tenetur, nullâ adversùs eum indiget juris exceptione argum. elegantis ad rem textus in *l. ſi debitori* 47. §. 1. *de fidejuſſor.* juncto ibi Cujacio *lib.* 9. *quæſt. Papin.* ſi tamen à patre de facto conveniatur, eum per facti exceptionem poterit ſubmovere allegans filio ſui juris jam facto legatum deberi, & nulla adversùs ſe ex cauſa fidejuſſionis actionem competere. Eandem Ulpiani interpretationem ex eo probari exiſtimo, quod aſſerit Paulus in *l. ſi legati* 28. *de pignor.* ſcilicet quod ſi conditionalis legati filiofamilias relicti nomine, pater ab hærede rem ejus propriam pignori acceperit, ſi quidem conditio poſt filii emancipationem extiterit, nec filius pignus poteſt vindicare, quamvis ſibi legatum acquirat, quia non ipſi, ſed patri fuit obligatum, nec magis patri pignoris competit perſecutio, quia cui hæres legati nomine non tenetur, nec pignus etiam, aut fidejuſſor tenetur; ſentit ergò quod ſi legati conditio poſt filii emancipationem extiterit, actio patri adversùs fidejuſſorem non ſupereſt, quæ poſſit per juris exceptionem elidi.

Ex quibus ſatis dignoſcitur filiofamilias ſub 7
conditione relictum legatum, ſi qoidem exiſtentis conditionis tempore filius ſui juris ſit, ad ipſum, non ad patrem pertinere, quod & probat elegans textus in *l. filio* 7. *ut leg. nom. cav.* ubi cum patre, vel domino hærede inſtituto filio, vel ſervo relictum ſub conditione fuiſſet legatum, docet Paulus nec filium, nec ſervum ſatisdationem exigere poſſe propter patriæ, aut dominicæ poteſtatis impedimentum ex regula textus in *l.* 4. *de judiciis l. Imperator* 50. *ad Trebellianum*, quærit tamen, an ſi pen-

dente

dente conlirione filius emancipatus, aut ſervus fuerit manumiſſus, ſatisdationem petere poſſint? Et ut reſpondeat in utramque partem quæſtionem exagitat, & quod ſatisdationem exigere non poſſint, ſic fundat, emancipationis, aut manumiſſionis beneficium patri, vel domino non debet eſſe damnoſum argument. text. in *l. ſed ſi quis 7. quemadm. teſtam. aper.* atqui ſi emancipatus filius, aut ſervus manumiſſus poſſent cautionem exigere, onerosum patri, vel domino eſſet emancipationis, aut manumiſſionis beneficium, ſi etenim emancipatio, aut manumiſſio non præceſſiſſet, inter patrem, & filium, dominum, & ſervum lis nulla eſſe poſſet; ergo emancipatus filius, aut ſervus manumiſſus petere ſatisdationem non poteſt. È contrario verò emancipatum filium, aut ſervum manumiſſum cautionem exigere poſſe ex eo Paulus perſuadet, quod ſibi imputare pater, vel dominus debent, qui per emancipationem, aut manumiſſionem filio, vel ſervo adversùs ſe poſtulandi facultatem dederunt. Et tandem in hoc rationum conflictu melius, inquit, eſt per mediocritatem cauſam dirimere, ita ut pater, dominuſve cautionem præſtent, non tamen datis fidejuſſoribus, ſed cum rerum ſuarum hypotheca; cautio itaque, quæ à cæteris fidejuſſoribus datis præſtatur *l. prætoria 7. de præt. ſtipul.* à patre, vel domino per ſuarum rerum hypothecam expeditur, levius namque eſt eum propriarum rerum hypotheca, quàm adhibitis fidejuſſoribus cavere *l. cum tabernam. 34. §. 1. de pignor.* junctâ *l. teſtam. 17. de teſtamentariâ tutela*; ſic eum textum eleganter explicat Marcellus *lib. ſing. different. juris cap.* 14. adjicio tamen deciſivam Pauli rationem ex reverentia, quam etiam poſt emancipationem, aut manumiſſionem filius, aut ſervus impendere patri, vel domino debent, non deſcendere, prout parùm conſpectè exiſtimavit Retes *lib. 5. opuſc. cap. 6. num.* 13. cujus opinionem expreſsè convincit textus in *leg. 11. uſuſfr. quemadm. cav.* junctâ *l. 4. de curator. furioſ.* & junctis quæ tradit videndus omninò Galvanus *de uſuſr. cap. 20. num. 2.* jam ut ad rem noſtram redeamus, dum emancipatum filium, aut ſervum manumiſſum rectè cautionem exigere Paulus aſſerit ad ipſos, non ad patrem, vel dominum exiſtente poſteà conditione pertinere legatum ſupponit, ex eodem etiam principio intelligendos facilè erit alius ejuſdem Pauli textus in *l. 2. §. id quoque 3. de collat. bonor.* quem accuratè jam expoſui in *Academ. ad tit. C. de collat. cap. 2. num. 2.*

8 Quod autem diximus conditionalis ſtipulationis ſpem adhuc pendente conditione ad hæredem transmitti, fallit, quoties legatarius ſub conditione ſibi relictum legatum ab hærede ſtipulatur, qui interim decedens conditionalis ſtipulationis non magis ſpem, quàm legati ad hæredem tranſmittit *l. 1. §. ſi quis ſub condit. 11. ut legat. nom. cav.* ubi eam rationem non obſcurè tradit Ulpianus, quod ſcilicèt ſtipulatio conditionalis legati confirmandi gratiâ adhibita eaſdem cauſas, & conditiones continet, & in omnibus ejus naturam imitatur, ac per conſequens ad inſtar conditionalis legati ad hæredem pendente conditione non tranſmittitur, ut docet cum pluribus Retes *lib. 2. opuſc. ſect. 3. cap. 5. num. 10.* & *lib. 8. cap. ult.* unde illud quæri non ineleganter poteſt, an ſi legatarius ſub conditione ſibi relictum legatum novandi animo ab hærede fuerit ſtipulatus, & pendente conditione deceſſerit, conditionalis ſtipulationis ſpem ad hæredem tranſmittat? In hac re, quam nec attigerunt quidem Interpretes, dicet forſan aliquis conditionalis ſtipulationis ſpem interim ad hæredem tranſmitti, quia novandi animo contracta ſtipulatio propriam naturam ſortitur, nec prioris obligationis cauſas, ſeù qualitates aſſumit *l. ſi creditor 15. l. novat. 18. l. emptor 17. l. aliam 29. de novat.* ergò licèt conditionalis legati ſpes ad hæredem tranſmitti non poſſit, novandi tamen animo contractæ conditionalis ſtipulationis ſpes debet ad hæredem tranſmitti, mihi verò aliud judicium eſt; ſentio itaque etſi legatarius relictum ſibi ſub conditione legatum ab hærede novandi animo ſtipuletur, ſi quidem pendente adhuc conditione deceſſerit, conditionalis ſtipulationis ſpem tranſmittere ad hæredem non poſſe. Moveor ex eo, quod licèt novandi animo contracta ſtipulatio propriam naturam ſortiatur, prius tamen eſt, ut conditionale legatum in ſtipulationem novandi animo contractam deductum ſtatim novetur; ſed ubi exiſtat conditio ex *dict. leg. 8. §. 1. de nov.* cum enim novatio ſit prioris obligationis in aliam transfuſio, ſivè tranſlatio *l. 1. eod. tit.* & conditionale legatum pendente conditione nondùm debeatur, nec interim etiam novatur, ſed ubi legatarius pendente conditione decedit, tota legati ſpes penitus evaneſcit, quod deberi numquam poſſe jam certum eſt, ergò & conditionalis ſpes interimitur, ut pote quæ jam inducere novationem non poteſt, ergò extincta per mortem legatarii tam ſtipulatio, quàm legati ſpes tranſmitti ad hujus hæredem non poteſt. Meam etiam ſententiam affirmat argum. text. in *l. quoties 14. in princ. de novat.* ubi pro regulâ tradit Ulpianus, quod ſi id quod purè debetur novandi animo ſub conditione promittatur ante exiſtentiam conditionis novatio non contingit, & ex eo infertur, quod ſi res in priori obligatione contenta pendente conditione perierit, ceſſat omninò novationis ſpes, tum ſic; quemadmodum per interitum rei debitæ abſque facto, & culpâ debitoris contingentem prior tollitur obligatio *l. 5. de reb. cred. l. ſi ex legatis 13. de verb. oblig.* ſic & per legatarii obitum pendente conditione contingentem conditionalis legati ſpes penitus evaneſcit, ſed per interitum rei debitæ priori obligatione ſublatâ novandi animo contractæ ſtipulationis conditionalis ſpes extinguitur; ergò & conditionalis legati ſpe per legatarii mortem ſublatâ novandi animo contractæ conditionalis ſtipulationis ſpes extinguitur, & conditionalis legati ſpes omninò debet extingui, nec poteſt ad hæredem tranſmitti.

Diſſimulàre tamen non poſſum ingentem 9
difficultatem, quæ ex noſtris principiis naſcitur; diximus enim conditionale legatum, exiſtente quandocumque conditione perinde haberi, ac ſi purè, & ſine conditione relictum fuiſſet, *d. l. 26. de condit. inſt. cum ſimil.* ſed ſi purè fuiſſet relictum ad legatarii hæredem tranſiret, ut notum eſt, ergo etſi legatarius pendente conditione deceſſerit, non ideò legatum extinguitur, imò ad ejus hæredem

poſt exiſtentem conditionem ſpectat. Rursùs implicat, quod poſt exiſtentiam conditionis perinde legatum habeatur, ac ſi purè relictum fuiſſet, & quod filiofamilias relictum ad ipſum filium exiſtentis conditionis tempore ſui juris jam factum, & non ad patrem pertineat; tum quia ſi purè relictum fuiſſet, patri, non filio fuiſſet acquiſitum, ut ergo idem operetur fictio in caſu ficto, quod veritas in caſu vero juxta commune dicterium ex Papiniano deſumptum in *l. filio* 23. *de liber. & poſthum.* etſi exiſtentis conditionis tempore filius ſui juris factus reperiatur, legatum quod purè relictum retrocreditur, ad patrem, non ad filium ſpectabit; tum etiam quia ubi ſemel conditio extiterit, legatarius rei ſibi per vindicationem legatæ dominium ab aditionis hæreditatis tempore acquiſiiſſe retrocreditur *d. l.* 69. §. 1. *de legat.* 1. *cum ſimil.* ſed juri noſtro repugnat, quod filius rei ſibi legatæ dominium ab aditæ hæreditatis tempore, quo in ſacris adhuc paternis exiſtebat, dominium acquiſiiſſe cenſeatur, cum filiusfamilias digeſtorum jure acquiſitionis ſit incapax. *L. placet* 79. *de acquir. hæred.* in veriori ſententia, quam exactè fundat Valentia *d. lib.* 3. *illuſtr. tract.* 2. *per tot.* quicquid contrarium poſt Fabrum, Pichardum, & alios fruſtrà perſuadere contendat Oroz *lib.* 1. *de apicib. cap.* 5. *per tot.* ergò etſi filius, cui ſub conditione relictum aliquod eſt, exiſtentis conditionis tempore ſui juris factus inveniatur, legatum tamen ad patrem debet ſpectare.

10 Prioris difficultatis ſolutio ex eo facilè deſcendit, quod ad hoc ut ſuperiori fictioni ſit locus, per quam poſt exiſtentem conditionem legatum perinde habeatur, ac ſi purè relictum fuiſſet, legatarii habilitas exiſtentis conditionis tempore deſideratur, quæ profectò deficit, ubi ipſe pendente conditione deceſſit; ſecundæ difficultati etiam faciliter reſpondetur, quod cum tota legati acquiſitionis origo ab exiſtentis conditionis tempore incipiat, quamvis legatum perinde habeatur, ac ſi purè relictum fuiſſet, ſi quidem filio ſui juris jam facto conditio extiterit, patri non acquiritur, ut pote qui per emancipatum filium acquirendi eo tempore, quo fit retrotractio, inhabilis invenitur. Nec conditionalis ſtipulationis exemplum obſiſtit, cujus emolumentum patri quæritur, etſi exiſtentis conditionis tempore filius ſui juris factus inveniatur, non propter retrotractionis rationem, quæ, ut jam vidimus, inducere hujuſmodi acquiſitionem non poſſet; ſed quia conditionalis ſit ſtipulationis ſpes per filiumfamilias patri ſtatim acquiritur, & in ejus bonis conſtituitur ex dictis *num.* 3. & 6. neceſſarium tamen eſt, ut pater, qui conditionalis ſtipulationis ſpem acquiſivit, perinde ac ſi ipſe ſtipulatus fuiſſet ex regulâ textus in *l. quodcumque* 45. *in princ. de verb. oblig.* poſt exiſtentem conditionem ſtipulationis emolumentum acquirat; poſteriori difficultati, quæ diù valde me torſit, reſpondere tandem conſtitui, verum quidem eſſe poſt conditionis exiſtentiam legatarium rei per vindicationem legatæ dominium ab aditionis hæreditatis tempore acquiſiſſe retrofingi, & tamen filium ſui juris factum exiſtentis conditionis tempore rei legatæ dominium ſibi acquirere, ſuperior etenim fictio in id dumtaxat deſervit, ut dominii actus, quos hæres pendente conditione exercuerit, omninò reſolvat *d. l.* 69. §. 1. *de legat.* 1. *cum ſimil.* & reſpectu legatarii nullum poſitivum dominii effectum pendente conditione producit, unde ad eam fictionem inducendam non exigitur legatarium aditionis hæreditatis tempore dominium ſibi acquirere potuiſſe, ſed ſufficit dominium patri acquirere potuiſſe, ad hoc ut dominium penes hæredem numquam fuiſſe retrocredatur. Quæ quidem ſolutio ex eo eleganti ad rem exemplo confirmatur, filiusfamilias, aut ſervus hæres inſtitutus, ſi quidem ſui juris factus hæreditatem adierit, ſibi, non patri, vel domino hæreditatem acquirit *l. ſervus* 64. *de acquir. hæred.* §. 1. *verſ. at ſi manumiſſus inſt. de hæred. inſt.* cum tamen hæres quandocumque hæreditatem adierit retrò ex mortis tempore ſucceſſiſſe defuncto credatur *l. hæres* 54. *de acquir. hæred.* quo quidem inſpecto filius, aut ſervus nondum ſui juris factus ſucceſſionis incapax invenitur; verùm quia hujuſmodi fictio, quæ tempus aditionis inſtanti mortis teſtatoris conjungit, in id ſolùm inventa fuit, ne evacuatâ, retròque ſublatâ hæreditatis fictione res hæreditarias nullius in bonis fuiſſe appareret, ut docet Valentia *d. l.* 3. *tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 16. ad eandem inducendam ſufficit hæredem inſtitutum mortis teſtatoris tempore patri, vel domino acquirere hæreditatem potuiſſe.

11 Sed adhuc conditionalis legati ſpem ad legatarii hæredem tranſmitti evincere Javolenus videtur in vulgari, difficili tamen textu, *l. cui fundus* 56. *de C. & D.* docet conſultus, quod is, cui fundus legatus eſt ſub conditione, *ſi decem dederit* non partes, ſed in ſolidum poteſt conditioni parere, ſed ſi duobus, pluribuſve ſub eâdem conditione fundus relinquatur, ſinguli pro ſuâ parte conditioni parere, & capere legatum poſſunt; quia enumeratione perſonarum ab initio in teſtamento diviſa conditio intelligatur. Progreditur, & ait, quod ſi fundus uni ſub eâdem conditione legatus ſit, ſcindi ex accidenti conditio non debet, imò omnis numerus eorum, qui in ejus locum ſubſtituuntur, pro ſingulari perſonâ eſt habendus; tum ſic, ſi conditionalis legati ſpes ad hæredem non poſſet tranſmitti, fieri numquam poſſet, ut legatum uni ſub conditione relictum ante eam adimpletam ad plures perveniret; ſed Javolenus caſum ponit, quo legatum uni ſub conditione relictum ante adimpletam conditionem ad plures poſteà perveniret; ergò conditionalis legati ſpem tranſmitti ad legatarii hæredes ſupponit. Omiſſis tamen, quæ poſt Bartholum, Socinum, Alciatum, & alios antiquiores tradit Bellonus *de jur. accreſc. cap.* 6. *quæſt.* 28. *ex num.* 46. meliùs meo quidem judicio reſpondent Petrus Barboſa in *l. legatarius* 38. *de legat.* 1. *num.* 13. Cheſius *lib.* 1. *interpr. cap.* 26. *ex num.* 14. Larrategui *lib.* 5. *ſelect. cap.* 8. *num.* 3. (quidquid contradicat Oroz *lib.* 5. *de apicib. cap.* 8. *num.* 5. *cum ſeq.* qui dum textum in *d. l.* 56. accipit in terminis legati ſervo communi relicti, expreſsè convincitur tum ex *l. qui hæredi* 44. §. *ſi duorum* 8. *de C. & D.* tum etiam quia ſi ab initio communi ſervo relictum legatum fuiſſet, non ex accidenti ad plures pervenire diceretur) Javolenum in *d. l.* 56. non de pluribus legatarii hæredibus loqui, ſed ſolùm pro regulâ tradere,

quod ſi uni ſub conditione dandorum decem fundus legatus ſit, ſcindi ex accidenti conditio non debet. Tota difficultas itaque eſt in exquirendis exemplis, in quibus exempli doctrina verificatur, occurrunt autem ſequentia; ponamus unius ſervo ſub ea conditione relictum legatum fuiſſe, tunc licèt ſervus ex accidenti in plurium dominorum interim poteſtatem pervenerit, ſcindi conditionis implementum non debet; ponamus ſimiliter libero homini relictum legatum, quamvis legatarius miſero aliquo fortunæ caſu plurium ſervus effectus ſit, ſcindi ex accidenti conditio non debet, eo quod in unius locum ſubſtituti plures, aut ſubrogati fuerint, conditio etenim; quæ ex voluntate teſtatoris ab initio fuit indiviſibilis ex eo quod præter teſtatoris voluntatem acciderit, recipere diviſionem non debet, aliud ſanè procedit, ubi ab initio ſub conditione communi ſervo relinquitur legatum, tunc enim ſinguli domini pro parte conditioni parere non prohibentur, teſtator enim, qui inter plures ſervi dominos dividendum legatum prævidit, utique & inter ipſos conditionem voluiſſe cenſetur *d. l.* 44. *§.* 8. *de C. & D.* argum. text. in *l. ſi fundum* 81. §. 1. *de legat.* 1. §. *communis* 4. *de ſtipular. ſervor.*

12 Infertur ex his, quod ad conditionale legatum, quia non à morte teſtatoris, ſed ab exiſtentia conditionis cedit, Catonis regula non pertinet *l.* 1. *§.* 1. *l.* 2. *&* 4. *de reg. Caton.* §. *an ſervo* 32. *inſt. de legatis*; unde licet legatum rei propriæ legatario purè relictum, ita ab initio per Catonis regulam infirmatur, ut nec ex eo poſſit convaleſcere, quod ſupeſtite adhuc teſtatore rem legatam legatarius alienaverit §. *ſed ſi rem* 10. *inſt. de legat.* ſub conditione tamen rectè relinquitur, & utilem exitum habet, ſi legatarius ante exiſtentem conditionem rem ipſam alienaverit *l. cætera* 41. §. *tractari* 2. *de legat.* 1. *l. hæredem* 28. *de legat.* 2. *l. mea res* 98. quia ad hujuſmodi legatum, in quo non facti teſtamenti, ſed exiſtentis conditionis tempus expectatur, Catoniana regula pertinere non poteſt, docent Cheſius *lib.* 1. *interpr. cap.* 3. *ex num.* 4. & cum pluribus Oroz *lib.* 1. *de apicib. cap.* 7. *num.* 3. Aliam etiam rationem in *d. l.* 41. §. 2. Ulpianus ſubjungit, quam ex eo deſumit, quod juxta plurium, quæ obtinuit, ſententiam, rei propriæ ſtipulatio ſub conditione concepta utilis eſt *l. exiſtimo* 61. *de contrac. empt. l. ſi rem meam* 31. *l. exiſtimo* 98. *de verb. oblig.* ergo fortiori ratione legatum rei propriæ legatarii rectè ſub conditione relinquitur. Cujus Ulpiani argumentationis vim ut intelligatis, obſervo quod licèt omnes conſulti in eo securè conſenſiſſent, quod legatum rei propriæ legatarii ſub conditione relictum utile eſſet, quia in eo exiſtentis conditionis tempus inſpicitur, & interim legatarius nec impropriè creditor dici poteſt, cùm nec ſpem quidem in bonis habeat, ut jam vidimus, in eo tamen diſſentiebant, an ſcilicet rei propriæ ſtipulatio ſub conditione concepta utilis eſſet? ut mihi probant tum verbum *exiſtimo*, quo utitur Marcellus in *d. l.* 61. *de contrah. empt.* & in *d. l.* 98. *de verb. oblig.* quod conſultorum controverſiam ſatis oſtendit, tum etiam & illa Ulpiani verba in *d. l.* 41. §. 2. *ſecundum eos, &c.* quæ indicant eam rem ſub lite fuiſſe inter ipſos conſultos. Exiſtimabant forſan aliqui rei propriæ ſtipulationem ſub conditione conceptam inutilem eſſe, tum quia in ſtipulationibus tametſi conditionalibus non exiſtentis conditionis, ſed initæ conventionis tempus attenditur *d. l.* 78. *de verb. oblig.* tum quia qui ſub conditione ſtipulatur, interim impropriè ſtatim creditor eſt, ut ſuprà diximus; implicat autem, ut res propria domino adhuc impropriè deberi dici poſſit ex regula text. in *l. ſcribit* 34. *de aur. & arg. legat. l. cum vulgari.* Obtinuit tamen & meritò contraria ſententia exiſtimantium rei propriæ ſtipulationem ſub conditione contractam utilem eſſe, quia quod dicitur in ſtipulatione quamvis conditionali id tempus expectari, quo contrahitur, ita procedit, ſi de acquiſitionis cauſâ reſpectu perſonarum tractetur, ut in *d. l.* 78. *de verb. oblig.* & in *d. l.* 26. *de ſtipul. ſervor.* at ubi quæritur de re ipsâ, quæ præſtanda eſt, ut in præſenti, non contractûs, ſed exiſtentis conditionis tempus attenditur; hoc namque præſtationem, ſeu obligationis executionem reſpicit, quæ incipere ante exiſtentem conditionem non poteſt, ut poſt Bartholum, Cujacius, Donellus & Giphanius in *d. l.* 31. *de verb. oblig.* explicat D. Retes *lib.* 7. *opuſc. cap.* 6. *num.* 9. quod enim dicitur eum, qui ſub conditione ſtipulatur, interim quodammodo creditorem eſſe, non eſt accipiendum reſpectu rei in ſtipulationem deductæ, ſed quoad ſpem, quam ſtatim in bonis habet, non autem repugnat, ut quis ſpem habeat rei propriæ conſequendæ in eum caſum, quo aliena eſſe ceperit, & eo ſenſu interim improprius creditor appellatur. Quibus ſuppoſitis in *d. l.* 41. §. 2. ſic Ulpianus argumentatur; rei propriæ ſtipulatio ſub conditione concepta in veriori Conſultorum ſententia utilis eſt, cum tamen in ea quoad alias cauſas non exiſtentis conditionis, ſed contractûs tempus inſpiciatur; ergò potiori ratione rei propriæ legatarii ſub conditione relictum legatum utile erit, cùm in eo quoad omnes cauſas non mortis, aut aditionis, ſed exiſtentis conditionis tempus expectetur. Si dicas, exiſtente poſteà conditione ſtipulationem perinde haberi, ac ſi purè fuiſſet contracta, & legatum perinde æſtimari, ac ſi abſque ſub conditione fuiſſet relictum, ac proinde nec legatum, nec ſtipulationem rei propriæ adhuc ſub conditione conſiſtere, cùm inducta ſemel ſuperiori fictione contractûs, vel aditionis hæreditatis inſpecto tempore ex parte rei inhabilitas ſpetatur. Reſpondeo exiſtente poſteà conditione legatum, & ſtipulationem æſtimari, ac ſi nulla eis conditio adſcripta fuiſſet, & res contractûs, aut aditionis hæreditatis tempore aliena jam fuiſſet, nam licèt falſum ſit dicere rem, quæ contractûs, aut aditionis hæreditatis tempore ſtipulantis, aut legatarii propria erat, alienam fuiſſe, quia tamen poſſibile eſt, in juris fictione poteſt cedere ex his, quæ tradit Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 1. *per tot.*

Habemus jam conditionale legatum ante exiſtentem conditionem non cedere, ſequitur, 13
ut videamus, an per conditionis defectum, aut legatarii obitum pendente conditione contingentem eo jure, quod ante Juſtinianum obtinuit in caduci, vel quaſi caduci cauſa legatum conſtitueretur? Et quidem certi juris eſt,

quòd ſi conditio, ſupeſtite adhùc teſtatore defeciſſet, in cauſa quaſi caduci legatum conſtituebatur, & ad fiſcum pertinebat. *l. un. §. & cum triplici* 2. *C. de caduc. toll.* tradit Valentia *d. lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. & ſimiliter ſi legatarius vel vivo teſtatore, vel poſt ejus mortem ante apertas teſtamenti tabulas pendente conditione deceſſiſſet, quaſi caducum, vel caducum legatum fiebat, ut indicat Juſtinianus in *d. l. un. §. ſin autem* 7. ſi verò poſt mortem teſtatoris ante apertas tabulas conditio defeciſſet, in veriori ſententia, quam adversùs Cujacium, Jacobenum, Gothofredum, & alios tenet Ramos *lib.* 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 35. *num.* 13. legatum caducum non fiebat, ſed penes hæredem manebat, quia nec in caducariis legibus, nec in Senatus-Conſultis ad eas factis conditionis defectus poſt mortem teſtatoris, & ante apertas tabulas contingens inter caducorum caſus refertur, odioſam verò caducorum obſervationem abſque ullâ legis autoritate ampliare, alienum profectò fuit à veterum diſciplina *d. l. un. in princ.* Contrariæ tamen opinioni ſavere videtur Juſtinianus in *d. l. un. §.* 7. *verſ. vel eo ſuperſtite:* ubi cùm noviter ſtatuiſſet, quod ſi legatarius vel vivo teſtatore, vel poſt ejus obitum ante apertas ſcilicet teſtamenti tabulas pendente conditione deceſſerit, legatum non ad fiſcum pertineat, ſed apud hæredem maneat, adjicit idem etiam dicendum, ſi conditio adhuc ſuperſtite legatario defecerit; ergò ad hoc ut deficientis conditionis caſus præcedenti mortis legatarii caſui conveniat, dicendum eſt, quod quemadmodum per mortem legatarii, vel vivo, vel mortuo teſtatore ante apertas tabulas pendente conditione contingentem caducum, vel quaſi caducum ante novam Juſtiniani conſtitutionem fiebat legatum, ſic & per conditionis defectum, vel vivo, vel mortuo teſtatore ante apertas tabulas contingentem in caduci, vel quaſi caduci cauſa legatum conſtituebatur; ſed facilè reſpondetur Juſtinianum dum per defectum conditionis ſuperſtite legatario non in fiſcum cadere, ſed penes hæredem manere legatum conſtituit veteris juris diſciplinam partim corrigere, partim confirmare; corrigere, ſi quidem conditio vivo teſtatore defecerit, quo caſu priſco jure quaſi caducum legatum fiebat, confirmare, ſi poſt mortem teſtatoris conditio defecerit, quo caſu ſivè antiquum, ſivè novum jus intueamur, in fiſcum quidem legatum non cadit, ſed quia inutile redditur ex defectu conditionis, remanet penes hæredem. Nec ex eo infertur deficientis conditionis caſum præcedentis mortis legatarii caſui non convenire in *d. §.* 7. nam licèt antiquo jure inſpecto nonnihil inter utrumque caſum interceſſiſſet, poſt Juſtiniani tamen conſtitutionem, unum, idemque jus in utroque caſu verſatur.

14 Hæc autem omnia mirificè probare elegantem textum in *l. in teſtam.* 31. *de C. & D.* exiſtimat Ramos *ubi nuper num.* 14. textûs ſeries hæc eſt, cum in teſtamento ita ſcriptum eſſet; *Stichus, & Pamphila liberti ſunto, etſi in matrimonium coierint, hæres meus eis centum dare damnas eſto;* & Stichus ante apertas tabulas deceſſiſſet, Africanus reſpondet partem Stichi defectam eſſe, id eſt (ut laudatus explicat anteceſſor) caducam fieri, & in fiſcum cadere, ſed & Pamphilam defectam conditione videri, idcòque partem ejus apud hæredem remanſuram; ſentit igitur, quod per defectum conditionis poſt mortem teſtatoris contingentem caducum legatum non fit, quanvis per mortem legatarii poſt teſtatoris obitum ante apertas tabulas pendente conditione contingentem in caduci cauſa conſtituatur. Verùm tanti præceptoris veniâ, etſi fateor omninò Africanum aſſerere per defectum conditionis poſt mortem teſtatoris contingentem caducum legatum non fieri, exiſtimo tamen, quod nec in ejus ſerie per legatarii mortem caducum legatum conſtituatur. Quod ut demonſtrem contra omnes, quos viderim, noviter obſervo, quòd ſi legatarius poſt mortem teſtatoris pendente conditione defeciſſet, olim caducum quidem legatum fiebat cum ſuâ tamen cauſâ, ita ut exiſtente poſteà conditione ab fiſcum pertineret, deficiente verò apud hæredem maneret, nec enim fiſcus, qui in deficientis legatarii locum ſubſtituebatur, plus juris habere poterat, quàm haberet legatarius, ſi ſuperſtes fuiſſet, atqui legatarius legatum non aliter caperet, quàm ſi conditio exiſteret; ergò nec fiſcus legatum capere poterat, niſi conditio poſteà extitiſſet. Nec obſtat, quod ſi adhuc vivo teſtatore conditio defeciſſet, legatum quia capere ſuperſtes legatarius non poterat, quaſi caducum fiebat, & ad fiſcum pertinebat, cùm etenim quaſi caduci caſum ob caducarias leges facta Senatus Conſulta contra omnem juris rationem ærarii locupletandi gratiâ nominatim expreſſerint *d. l. un. §.* 2. *C. de caduc.* per legatarii autem mortem poſt teſtatoris obitum pendente conditione contingentem ſimpliciter caducum fieri legatum ſuperiora Senatus-Conſulta induxerunt, quæ juxta juris rationem, & ſimul propter caducorum odium ſic juris conſulti fuerunt interpretati, ut ità demùm ex eâ cauſâ legatum ad fiſcum pertineret, ſi conditio poſtmodum extitiſſet, eâ verò deficiente penes hæredem maneret. Aſſumptum mihi probat Paulus *lib.* 7. *ad leg. Jul. & Pap.* in *l. in facto* 60. *§. de C. & D.* dum docet quod fiſcus, qui ad caducum legatum admittitur eiſdem conditionibus parere tenetur, quibus legatarius, à quo ad ipſum quod relictum eſt, provenit. Tunc ſic, en ubi ſi legatarius pendente poteſtativâ conditione deceſſerit, fiſcus non priùs caducum legatum capit, quàm conditionem impleverit, quia nec legatarius ipſe ſi viveret aliter legatum caperet; ergò ex eâdem ratione ſi legatarius pendente caſuali conditione deceſſerit, non aliter fiſcus caducum legatum vindicavit, quàm ſi priùs conditio extiterit, nec enim quod præſentem inſpectionem inter poteſtativam, & caſualem conditionem ullam differentiæ rationem invenio, nam ſi fiſcus ideò poteſtativæ conditioni parere tenetur, ne alioquin in totum teſtatoris voluntas ſubverteretur, pariter & caſualis conditionis exiſtentiam expectare debebit, quia alioquin legatum contra expreſſum teſtatoris judicium vindicaret, cujus rei non leve argumentum eſt, quod ſi hæres ſub poteſtativâ conditione in dando conſiſtenti inſtitutus hæreditatem, quam reſtituere rogatus eſt, ſuſpectam dixerit, & conditionem adimplere recuſaverit, non aliter fideicommiſſarius cogere eum poteſt, ut adeat,

& reſtitnat hæreditatem, quàm ſi priùs conditionem impleverit *l. ſi cui purè* 31. §. *ult. l. facta* 63. §. *ſi danda* 8. *ad Trebellian.* ſi verò conditio ſit caſualis, eam priùs exiſtere opus eſt, ut deſuncti judicio pareatur *d. l.* 31. §. *ult. verſ. coetera.* Similiter ergo fiſcus ut caducum legatum vindicet ſicuti poteſtativam conditionem adimplere tenetur, ſic & caſualis conditionis exiſtentiam expectare debet.

15 Firmat etiam obſervationem noſtram diſertum, nec ad rem noſtram hactenus animadverſum Terentii Clementis teſtimonium *lib.* 12. *ad l. l. jul. & Papiam in l. ſi id quod* 21. §. *ult. de libert. legat.* pro cujus intelligentiâ breviter ſuppono, quod ſi ei, qui purè debet liberationem, teſtator ſub conditione legaverit, ſiquidem hæres pecuniam petere feſtinaverit per doli mali exceptionem ſubmovetur, niſi legatorum offerat ſatisdationem *l. purè* 5. *in princ. de dol. mal. except.* imò etſi cautione non interpoſitâ debitum exegerit, exiſtente poſteà conditione legatum præſtare, ſeù exactam pecuniam eogitur reſtituere *l. non ſolùm* 7. §. *ult. de libert: legat.* pro cujus explicatione & eum *l. pecuniam* 36. *de rebus cred.* conciliatione videnda, quæ noviter tradidi in *Academ. de pact. liberat. cap.* 1. *num.* 12. quâ ſuppoſitione factâ in *d. l.* 21. §. *ult.* cum ei, qui purè debebat, ſub conditione liberatio relicta fuiſſet, & hæres præoccupaſſet, & pendente conditione debitum exegiſſet, non ideò legatum extingui, conſultus reſpondet, rationem præſtat, quia in hæredis arbitrio eſſe non debet, ut exiſtente poſteà conditione nec ipſi legatario debeatur legatum, ſi tunc vivat, & capere poſſit, nec ei, ad quem hoc commodum pervenit, fiſco ſcilicet, ſi legatarius capere non poſſit. En ubi ità demùm fiſcus caducum legatum vindicat, etſi legatarius pendente conditione deceſſerit incapax effectus fuerit, ſi poſteà conditio extiterit. Rurſùs ex hoc textu contra Ramos, & omnium interpretum opinionem elicio, quod ſi legatarius pendente conditione etiam poſt apertas tabulas deceſſiſſet, caducum legatum fiebat, & ad fiſcum poſt exiſtentem conditionem pertinebat, quod ſic probo in *d. l.* 21. §. *ult.* apertæ jam erant teſtamenti tabulæ tempore, quo legatarius pendente conditione deceſſit, nam hæres ante debitum exegerat, nec verò ante hæreditatis aditionem debitum exigere, nec ante apertas tabulas hæreditatem potuit adire ex dictis 1. *cap. num.* 8. & tamen per mortem legatarii pendente conditione contingentem ad fiſcum legatum pertinuit. Hoc ipſum inſinuat Juſtinianus in *d. l. un.* §. 1. *C. de caduc.* ubi per mortem legatarii pendenre condicione caducum effectum fuiſſe legatum ſupponit, nec tabularum aperturæ meminit, illa etiam juris ratio facit; ideò pure relictum legatum per mortem legatarii ante apertas ſolùm tabulas caducum fiebat, quia eo jure quoad fiſci commodum ab apertura tabularum cedebat, ut dixi 1. *cap. ex num.* 13. ſed ſub conditione relictum legatum eo etiam jure non ab apertis tabulis, ſed ab exiſtentia conditionis cedebat, ut tradit Ulpian. in *fragm. num.* 24. *de legat.* §. *legator.* 30. ergo cum ad conditionale legatum aperturæ tabularum tempus non ſpectaret, etſi legatarius poſt apertas tabulas pendenre conditione tamen deceſſiſſet, ad fiſcum debuit legatum pertinere.

16 Ex quibus infero falsò Ramos aſſerrere eam partem, quæ in *d. l.* 31. *de C. & D.* deficere dicitur quòd ſtichus ante apertas tabulas deceſſiſſet, caducam fieri, & in fiſcum cadere, tum quia per ejus mortem nuptiarum conditio defecerat nec tanquam perſonæ cohærens ab alio poterat adimpleri, nec jam legati partem fiſcus tanquam caducam poterat vindicare, utpote qui nonniſi poſt adimpletam, vel exiſtentem conditionem caducum legatum vindicabat *d. l.* 21. §. *ult. de libert. legat. d. l.* 60. §. 1. *de C. & D.* tum quia in ipſius doctiſſimi anteceſſoris ſententia, cui & nos jam tanquam veriori ſubſcripſimus per defectum conditionis poſt mortem teſtatoris contingentem caducum legatum non fiebat, ſed in *d. l.* 31. ex eo quod ſtichus deceſſit poſt mortem teſtatoris nuptiarum conditio defecit, non ergo ad fiſcum ea legati pars potuit ſpectare. Nec huic rationi; quam prævidiſſe. *d. num.* 14. videtur, rectè diſertiſſimus reſpondet Præceptor, dum ait, quod cum in *d. l.* 31. uno, eodemque inſtanti & ſtichus deceſſerit, & nuptiarum conditio defecerit, legati pars, quæ propter defectum conditionis apud hæredem debuit manere, eò quod legatarius deceſſit, ad fiſcum pertinuit. Hæc namque ſolutio præterquam quam quod ſatis ex ſuperiori noſtra obſervatione refellitur, ex ipſius etiam principiis omnino convincitur; demus, quod tamen negamus, legatario pendente conditione decedente etiam in expectata conditionis exiſtentia ad fiſcum legatum pertinuiſſe, adhuc tamen in *d. l.* 31. ex eo quod ſimul ſtichus deceſſiſſet, & nuptiarum conditio defeciſſet, ea legati pars non ad fiſcum ſpectare, ſed penes hæredem debuit manere, quod ſic probo. Ubicumque duplici ratione deficit legatum, quarum una caducitatem inducit, & fiſcum admittit, altera caducitatem excludit, & hæredi, non fiſco locum facit propter caducorum odium ex ea cauſa defeciſſe intelligitur, quæ caducitatem ſubmovet excluſo fiſco hæredem admittit. Cujus rei elegantia extant exempla in *l.* 2. §. *ult. de aur. & arg. legat.* & in *d. l.* 21. §. 1. *de libert. legat.* quæ jura ſic ſubtiliter, & cum judicio expoſuit idem præceptor *d. l.* 4. *reliq.* 35. *num.* 33. & 35. ut ergo eum propriis armis jugulemus, etiamſi poſt mortem legatarii pendente conditione contingentem legatum non expectatâ conditionis exiſtentiâ, antiquo jure ad fiſcum pertinuiſſet, quod negandum eſt omninò, cùm tamen in *d. l.* 31. duplici ratione legati pars defeciſſet, quarum una, mors ſcilicet legatarii caducitatem inducebat, & fiſcum admittebat, altera, conditionis nimirùm defectus caducitatem excludebat, & hæredi, non fiſco locum faciebat propter caducorum odium ex ea cauſa defeciſſe intelligi debuit, quæ caducitate ſubmotâ hæredem in fiſcum admittebat, cum ergo etiam in anteceſſoris noſtri ſententia non tam per mortem legatarii, quàm per conditionis defectum ea legati pars defeciſſe interlligeretur, non ad fiſcum pertinere, ſed apud hæredem debuit manere.

17 Ulteriùs in Africani ſpecie in *d. l.* 31. non ex eo, quod ſtichus ante apertas tabulas deceſſiſſet, ejus partem ad fiſcum pertinuiſſe ex eo etiam probare poſſumus, quod dotis nomine relictum legatum regulariter conditionale eſt, & ex natura rei tacitam illam recipit conditio-

nem, ſi nuptiæ ſequantur, ad inſtar ſtipulationis dotis cauſâ factæ, quæ conditionalis eſt *l. ſtipulationem* 21. *l. promittendo* 41. §. 1. *de jur. dot.* Ut ſuadet æquiparatio, quam inter legatum nomine dotis relictum, & ſtipulationem dotis nomine factam facit Pomponius in *l. ſi divortio* 21. *de verb. oblig.* ut cum pluribus docet D. Olea *de ceſſ. jur. tit.* 3. *quæſt.* 7. *num.* 35. Et præter ab eo relictos ſubtiliſſimi anteceſſores noſtri Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 22. D. Larreategui *d. l.* 5. *ſelect. cap.* 8. *num.* 5. quamvis contrarium ſine ratione oſtendat Cheſius *lib.* 2. *interpr. cap.* 28. *ex num.* 10. Sed ſi is, cui dotis nomine relictum aliquid eſſet ante nuptias contractas, & ſic ante impletam condtiionem deceſſiſſet, legatum non ad fiſcum pertinebat, ſed penes hæredem remanebat, diſertus Papiniani textus in *l. titio centum* 71. §. *ult. verſ. ante nuptias de C & D.* ſimiliter ex eo quod in *d. l.* 31. apud Africanum ante nuptias contractas deceſſiſſet, ejus pars non caduca fieri, ſed penes hæredem debuit remanere. Verùm, ut quod ſentio, dicam, textus in *d. l.* 71. §. *ult.* trahî ad noſtram inſpectionem non debet, nam etſi regulariter dotis nomine relictum legatum conditionale ſit, in ejus tamen textûs ſerie ex conjecturata voluntate teſtatoris modale fuit, non conditionale, ut docet Coſta. *d. cap.* 22. *num.* 3. *cum* 3. *ſeqq.* qui ex eo voluntatis conjecturam deſumit, quod teſtator, qui genero poſt contracta jam ſponſalia filiæ ſuæ dotis nomine centum reliquit propter defectionem non ſub conditione, ſed ſub modo nuptiarum legaſſe preſumitur, & conditionale legatum non fuiſſe probat tum ex eo, quod in verſ. *ſed cum ante nuptias* aſſerit Papinianus legatum purum eſſe, & ante nuptias oblatâ cautione peti poſſe, quam aſſertionem parùm rectè cum Bartholo, & Fachineto interpretatur Larreategui *d. cap.* 8. *num.* 6. tum etiam quia in *verſ. ſi noluit* affirmat conſultus, quod ſi ſponſus teſtatoris filiam uxorem ducere nolit, quoad mulieris perſonam pertinet, cauſæ, id eſt, modo legati ſatisfactum intelligitur, ſponſo tamen legatum petenti nocebit exceptio doli mali; ergo legatum modale eſt, nam alioquin ſi conditionale eſſet, ſponſus ex defectu conditionis nullam actionem haberet, quæ poſſit per doli mali exceptionem ſubmoveri; cùm itaque modale legatum fuiſſet, & tam filia, quàm gener teſtatori ſuper vixiſſent, nec ante apertas tabulas deceſſiſſent, nulla ex cauſa potuit ad fiſcum pertinere: ſed dices, ſi purum, & modale, non autem conditionale legatum fuiſſet, etiam ante nuptias, & ſic ante, adimpletum modum muliere defunctâ tranſmiſſum ad ejus hæredem fuiſſet; modale namque legatum ad conditionalis diſcrimen tanquam purum, vel à mortis tempore, vel ab apertura tabularum pro temporum, & caſuum varietate cedit, & peti ſtatim poſt aditam hæreditatem poteſt poſt oblatam cautionem *l. ſi tibi* 19. *de legat.* 3. *d. l.* 71. *in princ.* & 1. *l. eas cauſas* 80. *de C. & D. l. libertas* 17. §. *hac ſcriptura* 2. *l. mævia* 44. *de manum. teſtam.* ac proinde cum ſemel ceſſerit etiam ante modum impletum debet ad legatarii hæredem tranſmitti ex generali regula ex *d. l.* 5. *in princ. quando dies legat. ced.* Reſpondeo omiſſo Arias de Meſa *lib.* 2. *variar. reſolut. cap.* 4. *ex num.* 11. ità demùm modale legatum ante impletum modum ad hæredem tranſmitti, ſi talis ſit modus, qui per hæredem poſſit impleri; ſi verò modus perſonalis ſit, & ab hærede impleri non poſſit, ut in *d. l.* 71. §. *ult.* legatum in effectu ad hæredem non tranſmitti, qui per doli mali exceptionem ſubmovebitur, tanquam legatum petens contra voluntatem teſtatoris ex regula textus in *l.* 4. §. *præterea de dol. mal. except.* ut docet Coſta *d. l.* 2. *ſelect. cap.* 22. *num.* 11. Cujus ſolutio ex eo confirmatur, quod modus legato adſcriptus veluti quandam conditionis vicem gerit, *l.* 1. *C, de his, quæ ſub modo*, nam ſi eam legatarius non impleverit, rem legatam cogitur reſtituere, quo ſenſu conditio appellatur in *l. liberto* 21. §. *Lucius* 3. *de annuis legat. d. l.* 71. §. 1. *l. libertis.* 108. *de C. & D. cum aliis*; ergo ſi talis ſit modus, qui impleri ab hærede non poſſit legatario autem ante eum impletum decedente, ad hæredem in effectu legatum non tranſmittitur.

Sed (ut à non extraneo diverticulo ad viam 18
redeamus) licèt textus in *d. l.* 71. §. *ult.* ſic acceptus trahi ad præſentem inſpectionem non poſſit, ex ſupradictis evidenter jam conſtat non ex eo quod apud Africanum in *d. l.* 31. *de C. & D.* ſtichus ante apertas tabulas deceſſiſſet, partem ei legatam ad fiſcum pertinuiſſe. Nec contrarium Africanus ſcribit, quod enim ait ejus partem defectam eſſe, ſic intelligendum eſſe, ac ſi dixiſſet penes hæredem remanſuram, quod in jure novum non eſt, cum ſæpè pars, quæ penes hæredem remanet defecta dicitur in *l. ſi titio* 55. *l. ſi mihi* 59. *de legat.* 2. *& in aliis jurib.* quæ ſic, rectè ipſe Ramos expoſuit *d. lib.* 4. *reliq.* 18. *num.* 18. Sed dices; poſtquam ſcripſit Africanus partem ſticho datam defectam eſſe, ſtatim ſubjunxit, ſed & Pamphilam defectam conditione videri, ideòque partem apud hæredem remanſuram; ſentit igitur partem ſticho legatam non apud hæredem manſiſſe, ſed apud fiſcum pertinuiſſe. Reſpondeo ideò Africanum ſignanter expreſſiſſe Pamphilam conditione defectam intelligi ejuſque partem apud hæredem remanere, quia conditio illa nuptiarum, ſub qua relictum legatum erat reſpectu ſtichi, qui ante apertas tabulas, & ſic in ſervitute deceſſit, ità evidenter defecit, ut dubitari non poſſit partem ei legatam defeciſſe, & penes hæredem remanſiſſe; at reſpectu Pamphilæ dicendum videbatur juris cenſurâ conditionem non defeciſſe, cum per eam non ſtetiſſet, quominus nuptias contraheret, itaque ut difficiliorem caſum expreſſiùs Africanus decideret, eleganter adjecit Pamphilam etiam defectam condicione videri, ejuſque partem apud hæredem manere, quia utriuſque defectu conditio deficit, nec enim ſufficit per legatarium non ſtare, quominus impleat conditionem, ad hoc ut juris cenſurâ pro impletâ conditio habeatur *l.* 4. *C. de addition. infert.* junctis quæ latè tradunt Cujac. *lib.* 17. *obſerv. cap.* 22. Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 34. & ad *d. l.* 1. *C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Coſta *in* §. *ſi arbitratu limit.* 6. *num.* 21. & *ampliat. ult. num.* 1. *cum ſeqq.* Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 12. *num.* 27. Eam verò Africani fuiſſe ſententiam ſequens oſtendit verſiculus, *ſed etſi*, ubi ſtatim dicitur, quod ſi uterque viveret, & ſtichus Pamphilam uxorem ducere nollet, cùm

cum ipſa parata eſſet nubere, mulieri quidem legatum deberetur ex regula textus in *d. l. 5. §. item 5. verſ. ſed etſi quando dies legat. ced. cum ſimil.* Stichi autem portio inutilis fieret, ideſt ex defectu conditionis apud hæredem maneret ergo & in priori textus parte utraque legati pars ex condicionis defectu penes hæredem remanſit; id ipſum contingit in *ſubſequenti verſiculo nam cumuni*, ubi quæ ſuperiùs dixerat ex eo conſultus confirmat, quod is, cui ſub conditione, *ſi ſejam uxorem duxerit*, relictum legatum fuit, ſi quidem ſeja moriatur, conditione defectus intelligitur, ut ſi ipſe defecerit, ſeù deceſſerit, nil ad hæredem tranſmittit, quia ejus morte conditio defeciſſe intelligitur, ſent ii ergo, quod cum in utroque caſu ſic conditio defecerit, ut ejus poſtmodum ædimendæ ſpes nulla ſuperſit, ex ſupradictis l[illegible] non ad fiſcum pertinet, ſed apud hær[illegible] manet.

19 His tamen omnibus, quæ pro A[illegible] expoſitione in *d. l. 31 de C. & D.* noviter ex propria obſervatione hucuſque tradidimus, quaſi ex diametro opponi videtur licèt vulgaris non vulgariter intelligendus textus in *l. intercidit 59. §. 1. & 2. eod. tit.* dixerat Ulpianus in *princ. text.* legatum intercidere, (ideſt in fiſcum cadere, ut oſtendit inſcriptio, quæ talis eſt, Ulpian. *lib. 13. ad l. l. jul. & Pap.*) ſi ea perſona defecerit, cui ſub conditione legatum eſt. Progreditur, & quærit. in *d. §. 1.* quid erit dicendum, ſi legatarius non quidem deceſſerit, ſed eſſe in civitate deſierit? veluti ſi is, cui ſub ea condicione, *ſi conſul. fuerit*, legatum eſt, in inſulam deportatus ſit? Reſpondet probabilius eſſe non ideò interim legatum extingui, quia reſtitui in civitatem poteſt. Subjungit poſteà in *d. §. 2.* aliud dicendum eſſe, ſi eâdem ſpecie retentâ ea pœna in legatarium ſtatuta fuerit, quæ irrogat ſervitutem, quia ſervitus morti aſſimilatur, tunc ſic, condicio illa legatario adſcripta, *ſi conſul. fuerit*, ejus perſonæ cohæret, ut notum eſt, & deficit omninò ex eo quod legatarius deceſſerit, aut pœnæ ſervus effectus fuerit; & tamen legatum ad fiſcum pertinet, non verò penes hæredem remanet, ut textus ſuadet inſcriptio, & explicant Retes *lib. 3. de interdict. & relegat. excurs. 5. illat. 3. num. 74. cum duob. ſeqq.* & Ramos *d. lib. 4. reliq. 35. num. 14. cum ſeqq.* ergo conditionis defectus poſt mortem teſtatoris contingens caducum legatum conſtituebat, & ſimiliter quamvis legatarius pendente conditione deceſſiſſet, ſtatim non expectatâ conditionis exiſtentiâ ad fiſcum legatum pertinebat. Cui difficultati ut reſpondeam, omiſſis quæ nuper laudati anteceſſores tradiderunt, quos ex ſupra dictis convincere facilè erit, textum in *d. l. 59.* ſigillatim exponere duxi. Ait Ulpianus in *principio textus*, intercidit legatum, ſi ea perſona defecerit, cui legatum eſt ſub conditione, & legatum ad ejus hæredem non tranſmittitur, imò ad fiſcum pertinet, cum ſua videlicet cauſa poſt exiſtentem conditionem, ut in ſuperioribus fundavi. Adjicit poſteà in §. 1. quod ſi is, cui ſub eadem conditione, *ſi conſul. factus fuerit*, relictum legatum eſt, in inſulam deportatus ſit, non ideò legatum extinguitur, ratio ex eo pendet, quod licèt deportatus legatarius tam paſſivam, quàm activam teſtamenti factionem amittat *l. 1. §. hi quib. 2. de leg. 3. l. 1. C. de hær. inſt. cum ſimil.* paſſivæ tamen teſtamenti factionis defectus inter medium tempus mortis teſtatoris, & exiſtentis conditionis contingens legatum non reddit inutile *l. 6. §. ſolemus 2. l. ſi alienum 49. §. 1. cum l. ſeq. l. liber homo 59. §. ſi hæres 4. de hær. inſtit. §. in extraneis 4. verſ. medio autem tempore inſtitut. de hæred. qual. & diff.* Retes *lib. 6. opuſc. cap. 8. num. 16.* ſi itaque legatarius in civitatem fuerit reſtitutus, exiſtente poſteà conditione accipere legatum poteſt, ut Paulus etiam docuit in *l. eum qui 104. C. & D.* quæ hucuſque Ulpianus dixit ex ſeria juris ratione deſcendunt, nec ſuperiori noſtræ obſervationi adverſantur. Tota itaque difficultas eſt in §. 2. in quo tamen quod ſcripſit conſultus non idem eſſe dicendum, ſi in eum caſum ſub ea conditione, *ſi conſul factus fuerit*, relictum legatum erat, ea pœna fuerit ſtatuta, quæ irrogat ſervitutem, quia ſervitus morti aſſimilatur, non ſic accipiendum eſt, ut legatum in fiſcum cadat, ſed ità potiùs ut inutile quidem fiat, ſed apud hæredem remaneat, quia cùm conditio illa defecerit, nec in fiſco poſſit verificari, legatum ex ſupradictis non caducum fieri, ſed penes hæredem debuit manere, id autem Ulpianus ſibi voluiſſe ſic probo: dixerat in §. 1. per legatarii deportationem interim legatum non extingui, ait in §. 2. contrarium eſſe dicendum, ſi legatarius vel naturaliter deceſſerit, vèl pœnæ ſervus effectus ſit, ſentit ergo his caſibus legatum extingui. Tunc ſic argumentor: legatum quod caducum fit, & ad fiſcum ſeo nomine pertinet, extingui dici non poteſt; cum in deficientis legatarii locum fiſcus ſubrogetur, expreſſus textus in *d. l. 21. §. ult. de libert. legat.* Dum ergo Ulpianus extingui legatum aſſerit, non ad fiſcum pertinere; ſed penes hæredem ſentit manere. Nec tunc textus inſcriptio refragatur; nam ſæpè ſub inſcriptione *ad l. l. jul. & Pap.* caſus, quibus legatum non ad fiſcum pertinebat, ſed penes hæredem manebat, conſulti exagitabant, ut pluribus pandectarum locis paſſim obviis videre licet.

Verùm illud difficile adhuc eſt in *d. l. 59. §. 2.* quemadmodum pendente conditione deportatus legatarius reſtitui in civitatem poteſt, & ſic pœnæ ſervus effectus poteſt beneficio Principis in libertatem, & civitatem reſtitui, ſed ideò ſolùm per legatarii deportationem non extinguitur, quia in civitatem poteſt reſtitui; ergo propter eandem ſpem reſtitutionis non ex eo legatum debet extingui, quod pœnæ ſervus legatarius effectus ſit. Nec difficultatem diſſolverunt, qui inter deportatum, & pœnæ ſervum quoad terminos textus in *d. l. 59. §. 1. & 2.* ex eo diſcriminis rationem deſumunt, quod conditio illa legatario adſcripta, *ſi conſul fuerit*, adhuc poſt ejus deportationem poteſt exiſtere, cum poſſit Principis beneficio non modò in civitatem, ſed & in veterem honorem, & famam reſtitui, & reſtitutus honores, & dignitates, veluti Decurionatum, aut conſulatum capeſſere. *l. 3. §. ſi in metallum 2. de muner. & honor. l. 1. C. de ſentent. paſſ.* docet D. Nicolaus Antonius *lib. 3. de exilio cap. 5. num. 1. & 2.* at ſi legatarius pœnæ ſervus effectus ſit, jam exiſtere conditio illa non poteſt, cum etſi maximè à Principe reſtituatur, libertinæ conditionis fiat, ac proinde capeſſere conſulatum non poſſit. *l. un. C. ad l. Viſelliam. l. 1. C. ſi ſervor.* 20

aut libert. ad decur. adſpir. lib. 10. Hæc namque differentiæ ratio ſatis ex ſequentibus refellitur; qui pœnæ ſervus effectus eſt, & à Principe in integrum reſtituitur,ad dignitates, veluti Decurionatum, & conſulatum adſpirare non prohibetur, expreſſus textus in *d. l.* 3. §.2. *de muner. & honor.* lex enim Viſellia, quæ libertinæ conditionis hominibus aditum ad dignitates præcluſit ex his quæ tradit Amaya in *d. l.* 1. C. 10. *ſi ſer. aut libert. &c. ex num.* 40. ad pœnæ ſervos Principali clementiâ in integrum reſtitutos non pertinebat, ſicuti nec ad libertinos, qui jus annulorum aureorum à Principe impetraſſent *d. l. un.* C. *ad leg. Viſelliam. d. l.* 1. C. *ſi ſerv. aut libert.* textus ſic intelligendus in *l. falſa* 33. §. *ſed ſi cui* 2. *de* C. *& D.* Nec mirum, nam reſtitutionis beneficium operatur, ut libertinus perinde habeatur, ac ſi medio tempore ſervitutis maculam non ſuſtinuiſſet *l. ult.* §. 1. *de natalib. non reſtit.* eoque ſenſu plenius eſt reſtitutionis, quàm manumiſſionis beneficium, ut probant ſic intelligendi, ſi inter ſe conferantur, textus in *l. is qui* 7. *unde cognati l.* 1. §. *filio* 4. *l.* 2. §. *ſed ſi* 2. *ad Tertii.* 11. *l. ult. de ſentent. paſſ.* §. *quod autem* 6. *inſt. de cap. minut.* junctis quæ tradunt Anton. Faber. in *jurispandectis Papin. tit.* 12. *quib. mod. jus patriæ poteſt ſolvatur princ.* 3. *illat.* 9. *& tit.* 16. *princ.* 3. *illat.* 9. *& tit.* 16. *princ.* 3. *illat.* 5. Petr. Faber. *lib.* 2. *ſentent. cap.* 13. ergo etiamſi in *d. l.* 59. §. 2. Legatarius pœnæ ſervus effectus ſit, non ex eo dicendum eſt, exiſtere jam conditionem non poſſe. Rectius itaque reſpondetur ideò in *d.* §. 2. ex eo quod legatarius pœnæ ſervus effectus ſit, legatum extingui, quia cùm ſervitus ad differentiam deportationis, morti æquiparetur, reſtitutionis ſpes, quæ efficit, ut interim conditionale legatum per deportationem non extinguatur, ceſſat omninò circa eum, qui pœnæ ſervus effectus eſt,ut cum judicio docent egregii Anteceſſores noſtri *anteriori num.* laudati. Unde ſi ſub alia non perſonali, poteſtativa, caſuali, vel mixta conditione relictum legatum fuiſſet, & legatarius ahuc pendente conditione vel naturaliter deceſſiſſet, vel pœnæ ſervus effectus fuiſſet, legatum ſua cauſa poſt impletam ſcilicet, aut exiſtentem conditionem ad fiſcum pertinuiſſet, quo forſitan Ulpianus inſpexit *lib.* 4. *ad l. l. jul. & Pap. in l. ſervitut.* 209. *de reg. jur.* dum dixit ſervitutem mortalitati ferè comparari, ideſt, ut explicat D. Ramos *d. reliq.* 35. *num.* 16. perinde caducum legatum fieri, ſi poſt mortem teſtatoris legatarius pœnæ ſervus effectus ſit, ac ſi naturaliter deceſſerit, adjicit autem Ulpianus dictionem illam *ferè*, quia licèt poſt mortem legatarii vivo teſtatore contingentem quaſi caducum legatum fiat, ſi tamen poſt mortem teſtatoris pœnæ ſervus legatarius effectus eſſet, non ad fiſcum pertinebat, ſed apud hæredem manebat ex his quæ dixi 1. *cap. num.* 26.

21 Sed tamen non ex eo legatum extingui, quod legatarius ante exiſtentem ejus perſonæ adſcriptam conditionem pœnæ ſervus effectus ſit, imò ſuſpendi, & reſtitutum legatarium exiſtente poſteà conditione cum effectu legatum capere, docere Pomponius videtur in difficili, nec vulgari ad rem textu in *leg. Ariſto* 46. *de manum. teſtam.* ubi ſervus, cui ſub ea conditione cum annorum triginta eſſet, libero eſſe juſſo, legatum ſimpliciter relictum ſit (dixi ſimpliciter, quia ſupponit conſultus, exiſtente quandocumque conditione etiam poſt aditam hæreditatem ſervum libertatem, & legatum nanciſci, quod fieri non aliter poteſt, quàm ſi ſervo ſub conditione libero eſſe juſſo ſimpliciter legatum relictum fuiſſet, ex his quæ latè dixi *anteriori cap. ex num.* 16.) antequam ad eam ætatem pervenerit, & ſi ante exiſtentem conditionem in metallum damnatus, & ſic pœnæ ſervus effectus ſit, ſi quidem à Principe fuerit reſtitutus cum libertate legatum capit, ubi trigeſimum annum impleverit, nec metallorum pœnâ jus ejus mutatur, & in eiſdem terminis, ſi ſub eâ, vel ſub aliâ conditione cum libertate fuerit reſtitutus, ſi quidem exiſtentis conditionis tempore jam reſtitutus inveniatur, liber, & neceſſarius hæres exiſtit. En ubi ex eo quod legatarius pendente conditione pœnæ ſervus effectus ſit, legatum non extinguitur, ſed propter ſpem reſtitutionis ſuſpenditur; ergò ſimiliter in *d. l.* 59. § 2. *de C. & D.* non extingui, ſed ſuſpendi legatum debuit. Nec difficultati ſatisfaciet, qui dixerit cum Goffredo in *l. ex facto* 43. §. *ult. de vulgar. num.* 8. ideò ſervum in metallum damnatum, & poſteà reſtitutum cum libertate, legatum, aut hæreditatem poſt exiſtentem conditionem capere *d. l.* 46. quia in integrum reſtitutio non pœnam dumtaxat, ſed & omnia in ſtatum priſtinum revocat, & ſervum veteri domino reſtituit *l.* 1. §. *ult. de queſtionib.* & ex contrario in *d. l.* 59. legatarium, qui pœnæ ſervus effectus ſit, reſtitutum non fuiſſe, ſed indulgentiam ſolùm promeruiſſe, quæ licèt à pœnâ liberet, cæterùm in priſtinum ſtatum non revocat, nec ſervum veteri domino reſtituit, textus in *l. generaliter* 24. §. *ſi ſervus* 5. *de fideicom. libert. l.* 8. §. *ſervos* 12. *de pœnis l. fruſtrà* 8. C. *de ſent. paſſ.* quos ſic accipit, & cum *d. l.* 46. conciliat D. Micolaus Antonius *d. lib.* 3. *de exilio cap.* 5. *num.* 11. meliùs quàm Petr. Faber *lib.* 2. *ſemeſtr. cap.* 19. & eâ ratione capere legatum non potuiſſe. Nam hæc ſolutio ex eo convincitur, quod ſuperior inter reſtitutionem, & indulgentiam differentia quamvis veriſſima ſit, terminis tamen textûs in *d. l.* 59. §. 2. adaptari non poteſt; tum quia Ulpianus, qui in §. 1. ejus textûs deportatum reſtitutum poſt exiſtentem conditionem legatum capere dixerat, ſtatim in *d.* §. 2. ſubjecit non idem dicendum eſſe, ſi legatarius pœnæ ſervus effectus eſt; ergò ſentit legatarium, qui pœnæ ſervus effectus eſt, quamvis reſtitutum, adhuc poſt exiſtentem conditionem legatum non capere; tum quia ſi reſtitutus legatarius capere legatum poſſet, non extingui, ſed ſuſpendi legatum diceretur. Aliâ etiam omiſſâ ſolutione, quàm excogitavit doctiſſimus vir D. Santos in *ſuis manuſcriptis ad Ariſtonem commentariis in d. l.* 46. *num.* 4. veriorem exiſtimo, quam refert, nec tamen ſequitur Goffredus *ubi ſuprà num.* 5. quorundam antiquorum ſententiam, qui aſſeruerunt multùm intereſſe, an libero homini, an ſervo proprio cum libertate ſub conditione relictum legatum ſit, & in priori caſu procedere textum in *d. l.* 59. §. 2. ex ratione *præced. num.* jam aſſignatâ; *in ſecundo* autem textum in *d. l.* 46. in cujus ſerie ideò extinctum conditionale legatum non fuit, quia pœnæ ſervitus, quæ teſtatoris ſervo fuit irrogata

morti

morti æquiparari non debuit, cum ſervus, qui juris cenſurâ pro mortuo habetur, civiliter ampliùs mori non poſſit, eoque ſenſu metallorum pœnâ jus; id eſt ſtatus ſervi non mutari dicitur in *d. l.* 46. ut pote qui nullus fuerit *l.* 3. §. 1. *de cap. minur.* §. *ſervus* 4. *inſt. eod.*

22 Illud adhuc monendum circa conditionale legatum duxi ex eo, quod hactenus diximus per conditionis defectum vivo teſtatore contingentem, quaſi caducum effectum legatum fuiſſe, conditione verò poſt mortem teſtatoris deficiente non ad fiſcum pertinuiſſe, ſed apud hæredem manſiſſe, provenire, qood licèt ſi poſt mortem teſtatoris per legatarium non extitiſſet, quominùs poteſtativæ conditioni pareret, conditio pro impletâ non habetur, imò ex ejus defectu legatum apud hæredem maneret *d. l.* 31. *de C. & D.* textus ſic intelligendus in *d. l.* 4. *C. de condit. inſert.* ſi tamen vivo teſtatore per legatarium non ſteterit, quominus conditionem impleret, quæ revera conditio defecerat pro impletâ juris cenſura habebatur, ad hoc ut legatum, quod ſi conditio impleta non cenſeretur, ex ejus defectu quaſi caducum fieret, & ad fiſcum ſpectaret, conditione propter caducorum odium impleta jam habitâ ad legatarium potiùs, quàm ad fiſcum pertineret, textus ſic intelligendus in *l. turpia* 54. §. 1. *&* 2. *de legat.* 1. *l. filia* 28. *de C. & D.* docet Ramos *lib.* 2. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 18. *num.* 8. *& dicto lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 28. Ex qua doctrina explicandus erit textus difficilis in *leg. hac conditio* 10. *in princ. verſ. ſed enim de C. & D.* Proponit Ulpianus patrem filiæ, cum nupſiſſet, legatum reliquiſſe, & de primo nuptiali jugo ſenſiſſe, cumque filia, patre, eodemque teſtatore ſuperſtite nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta eſſet, quærebatur, an poſteà juſtè nubendo conditioni parere, & capere legatum poſſet? Dubitandi ratio hæc erat; pater de primo nuptiali jugo ſenſerat, ſed nuptiæ per ætatem impares noptiale jugum non conſtituunt *l. ſi uxor* 13. §. *minor* 8. *ad leg. Jul. de adult.* jam ergo revera conditio defecerat, nec ex eiſdem nuptiis ſublato ætatis impedimento juſtis poſteà effectis impleri poſſe videbatur, quia propter teſtatoris voluntatem non iterùm potuit adimpleri, ut Ulpianus ipſe in *principio textûs* tradiderat, quamvis de primo nuptiali jugo teſtator non ſenſiſſet propter impares nuptias non tam deficere, quàm pendere adhuc conditio diceretur, & eiſdem nuptiis poſtmodum effectis poſſit adimpleri juxta ſic accipiendos textus in *l. dotis* 68. *de jur. dot.* & in *l. penult. quando dies legat. ced.* Verùm licèt Ulpianus hac ſtricti juris ratione motus defeciſſe conditionem ſenſiſſet, poſteà reſpondet ex benignitate nondum impletam conditionem defectam, id eſt conditionem, quæ ſtricto jure revera defecerat, benignè pro nondùm impletâ, & adhuc pendenti habeatur, ac proinde nuptiis poſtmodum juſtis effectis, impleri poſſe; benignitatis autem ratio in eo eſt, quòd cum filia, patre, eodemque teſtatore adhuc ſuperſtite, nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta fuiſſet, ſi defecta conditio crederetur ex ejus defectu, ut pote qui vivo teſtatore contigiſſet, quaſi caducum legatum fieret, & ad fiſcum pertineret; ut ergò fiſco locus non fieret, quæ revera conditio defecerat, per benignitatem, quam in excludendis caducis verſari prudentes cenſuerunt, pro nondùm impleta, & adhùc pendenti habetur, ſic eleganter docet D. Ramos *d. lib.* 2. *cap.* 18. *per tot. & præcipuè num.* 9.

Quæcumque autem integro hoc capite de conditionalibos legatis diximus, ad ea ſolùm legata pertinent, quæ ſub conditione in futurum tempus relicta ſunt, quæ ſola legatorum ceſſionem remoratur, quæ verò ad præſens, vel præteritum tempus conditio refertur, figuram dumtaxat, non vim, aut poteſtatem obtinet conditionis, & ſicuti contractui adjecta vel ſtatim obligationem infirmat, ſi falſa ſit, vel omninò non differt, ſi vera ſit *l. cum ad præſens* 37. *cum duobus ſeqq. de reb. cred. l. conditio* 100. *l. ſi ita* 120. *de verb. oblig.* §. *conditiones penult. inſt. eod. tit.* ſic & legato appoſita vel illud ſtatim infirmat, vel ejus ceſſionem non differt *l. cum in* 2. 16. *verſ.* §. 10. *de condit. inſt. l. eas cauſas* 80. *de C. & D.* junctis quæ docet Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap. primo &* 2. Cujacius *lib.* 1. *definit. Papin.* in *d. l.* 37. *de reb. cred. &* 37. *quib. ejuſd.* in *d. l.* 120. *de verb. oblig.* Donatus *lib.* 8. *comment. cap.* 30. & in *poſthum. comment. ad l.* 77. Anton. Gomez 1. *variar. cap.* 12. *num.* 64. Rursùs ſub impoſſibili conditione, quæ pro non ſcripta habetur, aut ſub turpi, quæ à Prætore remittitur, relicta legata quia purè data cenſentur ſtatim à morte teſtatoris cedunt, & ad legatarii hæredem tranſmittuntur *l. quæ ſub conditione* 8. §. *ult. de condit. inſt. l. ſcilicet poſt diem* 5. §. *ſed ſi ea conditio* 3. *cum ſeq. quando dies legat. ced.* quia verò generalis de impoſſibilibus, aut turpibus conditionibus tractatus ad nos non ſpectat, conſulendi erunt Oſuald. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 18. *litt. H. & lib.* 8. *cap.* 32. *litt. E. cum ſeqq.* Spino in *ſpeculo teſtam. gloſ.* 14. *ex l.* 134. Sarmiento 2. *ſelect. cap.* 1. *cum ſeqq.* Coſta 1. *ſelect. cap.* 8. *cum ſeq.* Pinellus 1. *ſelect. cap.* 19. Amaya 2. *obſerv. cap.* 11. *cum ſeq.* Retes in *manuſcriptis relectionib.* 5. *ad textum in l. impoſſibilis* 7. *de verb. oblig.* Denique ſi ſub non faciendi conditione in legatarii poteſtate collatâ legatum relictum ſit, quod quoad effectum tranſmiſſionis ſtatim à morte teſtatoris cedit, & perinde habetur, ac ſi ſub modo relictum fuiſſet, poſtque aditam hæreditatem peti à legatario poteſt, dum tamen is caveat nihil ſe ejus facturum, quod fieri teſtator noluit, & ſi contra fecerit ſe rem legatam ſimul cum fructibus reſtituturum, quæ quidem cautio tanquam à Q. Murio inventa Mutiana dicta eſt *l. Mutianæ* 7. *l. is cui* 18. *de C. & D.* quæ quia ad tractatum noſtrum non pertinet, indicaſſe ſolùm ſufficiat. Videndi erunt Cujac. *lib.* 14. *obſerv. cap.* 22. Donell. 8. *comment. cap.* 33. & ibi Oſuald. *litt. P. cum ſeqq.* Anton. Faber 2. *conject. cap.* 26. Anton. Gomez 2. *variar. cap.* 11. *num.* 37. quibus jam laborem noſtrum ſuſpendimus. De legatis ſub die incerto, aut ſub neceſſariâ conditione relictis, & de his, quæ tacitam, ſeu extrinſecam conditionem continent; ſequentibus duobus capitibus poſt feriatos, qui ſequuntur dies, Deo auſpice, diſſeremus. 23

CAPUT IV.

De legatis ex incerto die, aut ſub neceſſariâ conditione relictis.

1 CUM conditionale legatum ante exiſtentiam conditionis nec cedere, nec ad legatarii hæredem tranſmitti ſuperiori capite dictum ſit, incertum diem conditionem in teſtamento facere generaliter Papinianus ſcripſit in *l. dies incertus 75. de C. & D.* dicendum itaque videbatur ex incerto die relictum legatum tanquam conditionale ante diei adventum nec cedere, nec ad legatarii hæredem tranſmitti. Verùm quia non omnis conditio legati ceſſionem, aut tranſmiſſionem remoratur, ſequens erit obſervanda diſtinctio, ſi incertus dies omninò, & ſimpliciter talis ſit, veluti ſi an, & quando venturus eſt, incertum ſit, tam in contractibus, quàm in ultimis voluntatibus propriæ conditionis vicem gerit, ſivè potiùs conditio eſt, & tranſmiſſionem non minus, quàm ceſſionem legati ſuſpendit, veluti ſi ſic initus contractus, aut relictum legatum ſit, cum Titius conſulatum inierit, aut cum uxorem duxerit *l. qui promiſerit 48. de condict. indeb. l. ſi dies 21. in princ. verſ. at ſi incerta quando dies legat. ced.* textus ſic intelligendus in *l. ſtipulatio 38. §. inter incertam 16. de verb. oblig. l. cum teſtator. 8. cod. de teſtamentar. manumiſſ.* ſimiliter ſi talis ſit incertus dies, qui non quando, ſed an venturus ſit ignoretur, ſivè de contractibus, ſivè de ultimis voluntatibus loquamur, propriam efficit conditionem, ut ecce relictum alicui legatum cùm ad puberem, ſeù certam aliquam ætatem pervenerit, omninò conditionale eſt *l. talis ſcriptura 30. §. cui congruit 5. juncto §. anteced. de legat.* 1. de cujus conciliatione cum *l. ſi quis legata 54. de C. & D.* Videndus Pinellus 2. *ſelect. cap. 4. ex num.* 1. & antequam legatarius ad præſcriptam ætatem pervenerit, nec cedit, nec ad ejus hæredem tranſmittitur. *l. ſi cui legetur 49. §. 1. cum duob. ſeqq. de legat.* 1. *l. Publius 36. §. 1. de C. & D. dict. l. 21. verſ. at ſi incerta l. ſi titio 22. quando dies legat. ced. l. 3. C. eod. tit.* quod ità procedit, ſi unicâ oratione ex die eo incerto relictum legatum ſit, ſi verò teſtator legatum ab initio purè reliquit, & poſteà illud in id tempus, quo legatarius ad certam aliquam ætatem pervenerit, præſtari juſſerit, conditionale legatum non eſt, nec ejus ceſſio, aut tranſmiſſio, ſed ſolùm petitio propter teſtatoris voluntatem differtur juxta textus ſic intelligendos in *l. ſervus 4. ad Trebellian. l. firmis 26. §. 1. quando dies legat. ced. l. ex his verbis 1. C. eod. tit. docent* Cujac. *lib. 9. reſponſor. Papin. in d. l. 26. §.* 1. Epiphanius *in d. l. 5.* Donell. *lib. 8. comment. cap.* 31. Quæ tamen doctrina licèt in legati, aut pecuniarii fideicommiſſi terminis vera ſit, fallit tamen in libertate, quæ ſivè directè, ſivè per fideicommiſſum in id tempus, quo tertius aliquis ad certam aliquam ætatem pervenerit, unicâ oratione relicta ſit, non ex eo redditur inutilis, quòd tertius ille ante eam ætatem impletam deceſſerit, imò ſui favore poſt elapſum tempus à teſtatore præfixum competit vel ab hærede præſtatur *l. ſi ita ſcriptum 16. de manumiſſ. teſtament. l. thais 41. §. libertatem 10. de fideicommiſſar. libertat. l. ſi ſervus 49. de ſtatulibert.* Cujac. *lib. 36. digeſtor. Juliani in d. l. 16.* Epiphanius in *d. l. 5. C. quando dies legat. ced.*

2 Hanc tamen aſſertionem infringere videtur textus in *l. libertus 18. §. ab hæredib. 2. de alim. & cibar. legat.* Proponit ſcævola teſtatorem ſervo manumiſſo cibaria, & veſtiaria ab uno ex hæredibus præſtari juſſiſſe ſub eâ conditione, ſi cum eo moraretur, deinde ab eodem hærede petiiſſe, ut cùm ad vigeſimum quintum annum perveniſſet, militiam ei compararet ſub illa conditione, ſi libertus eum hæredem non ante reliquiſſet, & cum oneratus hæres ante quam ad ſupra ſcriptam perveniſſet ætatem, deceſſiſſet, quærebatur, utrum ex defectu conditionis extinctum militiæ legatum eſſet? Reſpondet conſultus libertum adhuc petere militiæ legatum poſſe, poſt elapſum tamen tempus, quo hæres, ſi ſupervixiſſet, expleturus præſcriptam ætatem fuiſſet, tunc ſic; en legatum in id tempus unicâ oratione relictum quoad certam ætatem hæres perveniſſet; & tamen conditionale non eſt, alioquin ex eo quod hæres ante præſcriptam ætatem deceſſiſſet, ex defectu conditionis inutile prorsùs eſſet; falsò igitur aſſeruimus in id tempus relictum legatum, quo aliquis ad certam ætatem pervenerit omninò conditionale eſſe. Nec difficultati ſatisfaciet, qui cum antiquioribus nonnullis dixerit ideò apud ſcævolam militiæ legatum utile adhuc eſſe, quia ſcilicet non legatarius, ſed hæres ipſe oneratus ante exiſtentem conditionem deceſſerit *l. legato 65. de C. & D. cum ſimil.* Nam hæc ſolutio probat quidem non ex eo legatum extingui, quod hæres, à quo relictum fuerit pendente adhuc conditione deceſſerit, probare autem non poteſt inutile legatum non reddi, ſi per hæredis obitum conditio defecerit, profectò autem in *d. l. 18. §. 2.* conditio illa *cum hæres ad vigeſimum quintum annum pervenerit*, per mortem hæredis ante eam ætatem omninò deficit, & inutile legatum conſtituit, expreſſus textus in *l. ſi quis à filio 32. in princ. de legat.* 1. Reſpondendum itaque potiùs eſt ex doctrina D. Fernandi Arias de Meſa *lib. 2. variar. reſolut. cap. 7. num. 12. cum ſeqq. in d. l. 18. §. 2.* conditionem militiæ legato adjectam non ex eo defeciſſe, quod gravatus hæres ante ætatem à teſtatore præfixam deceſſiſſet, in ea etenim legati formula *à te hæres peto, ut cum ad annum vigeſimum quintum perveneris, militiam liberto emas, ſi tamen te ante non reliquerit*, conditio illa continetur, *ſi libertus hæredem, priuſquam is vigeſimum quintum annum impleverit, non reliquerit*; quæ quidem non ex eo deficit, quod hæres ante eam ætatem deceſſerit, licèt enim conditio cum aliqua certa perſona commorandi, ſeu habitandi, ſi annuum legatum ſub ea relictum ſit, quamvis ea perſona, cum qua legatarius conditionis adimplendæ gratiâ commorari juſſus eſt, deceſſerit, pro præteritis dumtaxat annis, quibus ei legatarius obtemperaverit, pro impleta habeatur, non pro futuris, quibus ei parere non poteſt *l. quatuor 30. uxori 5. de legat.* 3. cum pecunia æquè, ac labor diviſionem recipiant *l. ſejo 10. de ann. legat.* ſi verò ſimplex legatum ſit, ideſt, ſi in unicâ præſtatione conſiſtat, quamvis ea perſona defecerit, cum quâ habitare legatarius

juſſus eſt, pro impletâ conditio habetur, *l. cum tales 72. in princ. d. C. & D.* æquum namque eſt, ut legatarius, qui ſemel cepit conditioni, & teſtatoris voluntati parere, ad legatum admittatur, nec ejus labor, aut obſequium debita remuneratione fraudetur; unde cum ſimplex militiæ legatum in unicâ præſtatione conſiſtens in *d. l.* 18. §. 2. relictum eſſet, libertus, idemque legatarius, qui cum onerato hærede commorari, & conditioni, voluntatique teſtatoris cepit obtemperare, non ex eo quod hæres eo tempore deceſſiſſet, quo nondùm ætatem à teſtatore præfinitam impleverat, privari legati commodo debuit, quo tamen non ante fruitur, quàm id tempus elapſum ſit, quo hæres ſi ſupervixiſſet, à teſtatore præfixam ætatem impleviſſet; maneat itaque certæ ætatis legatarii, hæredis, aut alicujus tertii tempus legati diſpoſitioni, & ſubſtantiæ appoſitum omninò conditionale legatum reddere, ejuſque ceſſionem, & tranſmiſſionem ad inſtar cujuslibet alterius conditionis remorari.

3 Si verò (ut acceptam jam diſtinctionem proſequamur) incertus dies neceſſariò extiturus ſit, & ſolùm quando venturus ſit, ignoratur, ut contingit in die mortis cujuſque, ſi quidem contractibus adjiciatur, indiſtinctè conditionem oon facit, imò contractus in ultimum inſtans mortis alterutrius ex contrahentibus collatus, ſtatim obligationem, & actionem producit, non tamen effectivam petitionem in veriori ſententia, quæ probatur ex *l. nam ſi cum morian* 17. *de condict. indeb.* & quam adverſus Antonium Gomez 2. *variar. cap.* 11. *num.* 21. Coſta 1. *ſelect. cap.* 17. *cum.* 2. *ſeqq.* & D. Retes in *m. m. ff. de verb. oblig.* 2. *part. tract.* 12. *conſect.* 2. *num.* 4. & 5. accuratè fundavi in *Academ. de die certo contract. & ult. volunt. adjecto cap.* 3. *ex num.* 1. Nec contrarium evincit difficillimus ſanè textus in *l. julian.* 20. *de jur. dot.* pro cujus intelligentia videnda quæ dixi in *Acad. de poſt. liberat. cap.* 3. *num.* 9. felicius forſan, quàm D. Olea in *noviſſimis additionibus* poſt ſcripta illa noſtra in lucem editis ad ſuum tractatum de *ceſſ. jur. & act. ad tit.* 6. *quæſt.* 2. *num.* 35. idem etiam obtinet in contractu poſt alterius mortem collato, ut in terminis textus in §. *item poſt mortem* 17. *inſt. de inutil. ſtipulat.*, nam licèt ſive in ultimum inſtans mortis alicujus ex contrahentibus, ſivè poſt alicujus tertii mortem contractus conferatur, conditionem contineat. *l. quodcumque* 45. §. *non ſolum.* 3. *de verb. oblig.* quia tamen neceſſariâ conditione cum utrumque contrahentem, vel tertium monere neceſſarium, ſit, conditionalem contractum non reddit, imò ad inſtar certi diei executionem ſolùm ſuſpendit juxta textus ſic intelligendos in *l. quod ſi* 18. *l. julian.* 60. *in princ.* & §. 1. *de condict. indeb. l. neceſſariò* 8. §. *de peric. & comm. rei vend. l. pœnales* 32. *in fine princ. ad l. falcid. l. hæreditarium* 7. *de bon. authent. jud. poſſ. l. ex ea parte* 121. §. *in inſulam* 2. *de verb. oblig. l. ſi pupillus* 9. §. 1. *de novat. l. ult.* C. *de contrah. & commit. ſtipul.* junctis quæ tradit Donellus *d. lib.* 8. *comment. cap.* 31. & *lib.* 15. *cap.* 11.

4 Hæc licèt in contractibus ſine diſtinctione procedant, non tamen omnia in legatis ſervantur, nàm quamvis mortis dies in teſtamentis generaliter neceſſariam conditionem faciat ex generali regula textus in *d. l.* 75. *de C. & D.* multùm tamen quoad ceſſionis, & tranſmiſſionis cauſam intereſt, aut in ultimum inſtans mortis legatarii, an verò in tempus mortis hæredis inſtituti, vel alicujus tertii, aut ſub neceſſaria alia conditione relictum legatum ſit? ut & de ſingulis diſſeramus, ſequens diſcrimen ſtatuimus, ſi talis conditio neceſſaria ſit, quæ ſuperſtite adhuc legatario, extituram certum neceſſariumque ſit ad inſtar certi diei non quidem ceſſionem, aut tranſmiſſionem, ſed ſolam legati portionem remoratur; ſi verò ea neceſſaria conditio ſit, que licèt non poſſit non exiſtere, poteſt tamē poſt legatarii mortem exiſtere, & an eo ſuperſtite, vel mortuo extitura ſit ignoratur, ad alterius propriæ, & rigoroſæ conditionis ſimilitudinem non modò exactionem, ſed & legati ceſſionem, & tranſmiſſionem, uſque dum exiſtat, ſuſpendit. Hujus autem differentiæ, quam ſtatim ſubjectis exemplis veriſſimam contendam, ratio hæc eſt, ideò neceſſaria conditio contractui appoſita, dummodò non poſſit non exiſtere, quamvis an vivo, vel mortuo creditore extitura ſit, ignoretur, indiſtinctè certi dei vicem gerit, quia cum conditionalis contractus ſpes, etiam pendente conditione, poſſit ad hæredem tranſmitti, ut *anteriori cap.* vidimus, ſtatim ex tempore celebrati contractus debendum eſſe certum, neceſſariumque eſt, quin vivo creditore conditionem exiſtere opus ſit, & ex contrario quia conditionalis legati ſpes ad hæredem pendente conditione non tranſmittitur, ea demùm neceſſaria conditio ad intar certi diei ceſſionem, ac tranſmiſſionem legati non ſuſpendit, quam ſuperſtite legatario extituram certum, neceſſariumque ſit, quæ verò an vivo, vel mortuo legatario extitura ſit ignoratur, omninò conditionale legatum reddit utpote quod noo aliter ad hæredem poteſt tranſmitti, quàm ſi vivo adhuc legatario conditio extiterit, docent Donell. *dict. lib.* 8. *cap.* 31. & Bellonus *de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 16. *num.* 251. *cum ſeq.*

Jam verò ut exemplis hanc differentiam illu-
ſtiemus, in ultimum inſtans mortis legatarii 5
relictum legatum ſtatim à morte teſtatoris cedit, & ad hæredem tranſmittitur *l. & cum hæres* 4. §. 1. *quando dies legat. ced.* præſens itaque eſt, nec conditione, ſed morâ ſuſpenditur, ut ait Papinian. in *l. hæres meus* 79. *in princ. de C. & D.* ubi liber conſulti elegantiam obſervare, illud legatum nec conditione, nec morâ ſuſpenditur, quod non modò ceſſit quoad effectum tranſmiſſionis, ſed & peti jam poteſt, textus ſic intelligendus in *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. quando verò etiam quoad tranſmiſſionis effectum ceſſerit, peti tamen adhuc non poteſt, morâ ſaltem, licèt non conditione ſuſpenditur, ut videre eſt in legato ex die certa, aut purè relicto ante diem venientem, aut ante aditam hæreditatem. *l. hæredis* 7. *in princ. quando dies legat. ced. cum ſimil.* quia ergo in ultimum inſtans mortis legatarii relictum legatum ſtatim quidem cedit, non tamen illicò peti poteſt, noo conditione, ſed morâ ſuſpendi eleganter Papinianus ſcripſit, qui eam ſuæ deciſionis rationem adjecit; non poteſt conditio non exiſtere, quæ ſic erit accipienda, necaſſaria illa conditio, cùm legatarius morietur, non poteſt non vivo legatario exiſtere, nam cùm moriturum le-

gatarium certum, neceſſariumque ſit, & ultimum inſtans mortis vitæ, non morti tribuitur *l. qui duos* 18. §. 1. *de manum. teſtam.* junctiſquæ præter inſtitutionum interpretes in §. *ita autem ſtipulatio* 16. *inſt. de inutil.* docent Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 14. & *in* §. & *quid ſi tantum* 1. *part. num.* 15. Cujac. *lib.* 3. *obſerv. cap.* 34. & cum aliis D. Retes *lib.* 6. *opuſc.* 14. *num.* 7. conditionem illam vivo legatario extituram certum, neceſſariumque eſt. prout Papinianum explicant Cujac. *lib.* 1, *definit. ejuſdem. in d. l.* 79. & Bellonus *de jur. accreſc. d. cap.* 7. *quæſt.* 18. *num.* 22. conducit & textus in *l. extraneum* 9. *C. de hæredit. inſtit.* quem latè, & ſubtiliter exponit videndus Bellonus *dict. cap.* 7. *quæſt.* 16. *ex num.* 72, & præcipuè *ex num.* 82. confirmatur etiam ſuperior Papiniani ratio: quoties moriente legatario conditio exiſtit, legatum quamvis propriè conditionale ad hæredem tranſmittitur *l. ult. verſ. argumentoque eſt de condi. inſt.* junctis Cujacio *ibi. lib.* 13. *quæſt. Papnin.* & Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 1. *l. pater.* 101. §. *ſervus* 3. *l. ſi iſta legatum* 103. *de C. & D.* ubi Cujac. *lib.* 14. *quæſt. Pauli l. ult. quando dies legat. ced.* Sed conditio illa, cum legatarius morietur, non poteſt non eo moriente exiſtere, ergo ſub ea relictum legatum à morte teſtatoris ſtatim cedit, & ad legatarii hæredem tranſmittitur.

6 Nec in tempus mortis legatarii relictum legatum ſtatim poſt aditam hæreditatem peti poſſe probatur ex ſpecioſu textu in *l. cum tali* 72. §. *Mævia* 5. *de C. & D.* ubi ideo relictum legatum ità *Mæviæ, ſi non nupſerit, fundum, cum morietur, lego*; rejectâ, & pro non ſcriptâ habitâ conditione, *ſi non nupſerit*; ut pote quæ publicam utilitatem offendit, quæ in nuptiis contrahendis verſatur, confeſtim peti poteſt, quia licèt ubi legatum in diem ſimul, & ſub conditione relinquitur, etiam poſt impletam, aut exiſtentem conditionem, dies dummodò non conditioni, ſed legato fuiſſet appoſitus debeat expectari, ex hisquæ cum judicio docent plures textus conciliantes Anton. Gomez 2. *variar, cap.* 11. *num.* 32. & Oſuald. ad *Donell. lib.* 15. *comment. cap.* 8. *lit. B.* id tamen fallit in *d.* §. 1. ubi remiſſâ conditione, *ſi non nupſerit*, diem alium certum, vel incertum appoſitum legato expectandum Papinianus fatetur argum. textus in *l.* 8. §. *ſi quis* 4. *de condit. inſt.* mortis tamen diem quamvis legato appoſitum non expectandum decidit, cujus deciſionis ſubtilem illam non minus, quàm veram rationem præſtant Coſta in §. *ſi arbitratu. ampliatione* 4. *fere per tot.* & Cujac. *lib.* 18. *quæſt.* Papin. in *d.* §. 5. ſcilicet, quodcum negativæ conditiones, quæ in non niſi in inſtanti mortis re vera impleantur *l. ſervo invito* 65. §. 1. *ad Trebelliam. l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. *de verb. obſerv.* conditio illa, *ſi non nupſerit*, hunc ſenſum reddit, ſi uſque ad ultimum mortis inſtans innupta permanſerit. *d. l.* 65. §. 1. *ad Trebell. l. hoc genus* 106. *de C. & D.* ac proinde verba illa, *cum morietur* ſolùm deſerviunt latiori explicationi conditionis quâ rejectâ mortis etiam dies rejiciendus, nec expectandus eſt. Quam Cujacii, & Coſtæ ſententiam ſic explico: eâ conditione, *cum morietur*, id à teſtatore exprimitur, quod etſi expreſſum non eſſet, ex natura rei ineſſet ipſi conditioni, *ſi non nupſerit d. l.* 106. *de C. & D.* ergo etſi verborum formulâ inſpectâ mortis dies legato adjectus debet cenſeri, ac per conſequens expectandus non eſt, remiſsâ conditione ex regula textus in *l. in illa ſtipulatione* 8. *in fin.* *junctâ l. præced. de verb. obſerv.* Rursùs cum mortis dies explicat conditionem, *ſi non nupſerit*, remiſsâ conditione & mortis diem utpote quandam conditionis explicationem, & acceſſionem remitti, nec expectari neceſſe eſt; ut arguit Coſta *ubi ſuprà num.* 4. Quæ tamen omnia in legato rei tranſmiſſibilis in ultimum inſtans mortis legatarii relicto procedunt, rei autem intranſmiſſibilis, legatum in illud inſtans nonniſi inutiliter relinquitur *l. titio* 51. *de uſufr. l.* 5. *de uſufr. legat. d. l.* 79. §. *quamvis* 3. *de C. & D.* ad exemplum libertatis, quæ utpote cohærens perſonæ, & intranſmiſſibilis in ultimum mortis inſtans non jure relinquitur *l. libertas* 17. *l. ult. de manum. teſtam. l.* 4. §. 1. *de ſta. liber.* junctis quæ docet Amaya *lib.* 2. *obſerv. cap.* 11. *num.* 24.

Ex contrario in ultimum inſtans mortis hæredis inſtituti relictum legatum verè, & propriè conditionale eſt, aliter quoad tranſmiſſionis effectum cedit, quàm ſi inſtitutus hæres ante legatarium deceſſerit *l. ſi pecunia* 12. § 1. *de legat.* 2. *l.* 1. §. *diei autem* 2. *d. leg.* 79. §. 1. *de C. & D. d. l.* 14. *in princ. quando dies legat. ced.* necеſſaria etenim conditio, quam facit dies mortis hæredis inſtituti, an vivo, vel mortuo legatario extitura ſit ignoratur, cum evenire facilè poſſit, ut ſuperſtite adhuc hærede legatarius decedat, & ſic conditionale omninò legatum reddit, ejuſque ceſſionem, & tranſmiſſionem, uſque dum exiſtat, ſuſpendit ſimiliter, & poſt mortem alicujus tertii relictum legatum ante exiſtentem neceſſariam illam conditionem nec cedit, nec ad hæredem tranſmittitur. *l. quib. dieb.* 40. §. *quidem* 2. *de C. & D.* quæ ſingula explicat Bellon. *d. cap.* 7. *quæſt.* 18. *num.* 135. & generaliter ſub ea neceſſaria conditione, quæ an vivo, vel mortuo legatario extitura ſit, ignoratur, relictum legatum ante ejus exiſtentiam nec quoad tranſmiſſionis effectum cedit, veluti ſi ſub ea conditione, *ſivè navis ex Aſia venerit, ſivè non venerit*, relictum ſit, nam licèt alterutrum futurum, ideſt navem venturam, aut non venturam certum, neceſſariumque ſit, an tamen vivo, vel mortuo legatario alteruter caſus extiturus ſit, ignoratur, ut arguit Pomponius exemplo legati in ultimum inſtans mortis hæredis inſtituti relicti eleganter utens in *l. hujuſmodi legatum* 13. *quando dies legat. ced.* ſed dices: dies certus legato appoſitus quamvis certè, & neceſſario extiturus ſit, ignoratur, & tamen quia non poteſt non exiſtere, nec ceſſionem, nec tranſmiſſionem, ſed ſolum legati executionem ſuſpendit, ut diximus 1. *cap. num.* 25. ergo & neceſſaria qualibet conditio, hoc ipſo quod non poſſit non exiſtere, quamvis an mortuo vel vivo legatario extitura ſit ignoretur, petitionem ſolùm, non etiam legati ceſſionem, aut tranſmiſſionem remoratur. Rursùs licèt in eum diem legatum conferatur, qui neceſſariò poſt legatarii mortem venturus eſt, veluti ſi in Kalendas Januarii centeſimas relictum ſit, qui dies ferè ſemper poſt legatarii obitum extiturus eſt *l. an uſufr.* 56. *de uſufr. l. ſi uſufr.* 8. *de uſufr. legato*, melior textus in *d. l.* 4. §. 1. *de ſtat. liber.* cedit tamen à morte teſtatoris, & ad legatarii hæredem tranſ-

innititur expreſſus textus in *l. ſi dies* 21. *in princ. quando dies legat. ced.* potiori igitur ratione neceſſaria illa conditio, quæ licèt an vivo, vel mortuo legatario extitura ſit, ignoretur, poteſt tamen ſuperſtite legatario exiſtere, ſuſpendere legati ceſſionem, aut tranſmiſſionem non debet. Reſpondeo tamen totam inter neceſſariam conditionem, certumque diem diſcriminis rationem ex judicio teſtatoris deſcendere, qui dum ex certo legatum reliquit, id agit, ut executionem, non verò ceſſionem ſuſpendat, & hæredi tempus ſolutionis præſcribat *l. cum tempus* 17. *de reg. jur. cum ſimil.* nec curat, ut cum dies venerit, legatarius ſuperſtes ſit. Accedit, quod cum certus dies nullo ſenſu incertus dici poſſit, conditionis inſtar non obtinet, quæ ſui naturâ incertitudinem exigit; neceſſaria autem conditio quamvis non poſſit non exiſtere, quia tamen incertitudinem continet, & quando extitura ſit, ignoratur, ſi quidem poſt mortem legatarii poſſit exiſtere, conditionale legatum reddit, cujus ceſſionis differendæ causâ cenſetur appoſita. Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 21. *in princ. quando dies legat. ced.* Ubi ideò in Kalendas Januarii centeſimas relictum legatum ſtatim à morte teſtatoris quoad rtanſmiſſionis effectum cedit; ſicuti & in idem collata ſtipulatio præſentem producit obligationem *l. centeſimam* 46. *in princ. de verb. oblig.* quia licet is dies ſemper ferè poſt legatarii mortem venturus ſit, cum tamen certus omni ſenſu ſit, ſolutionis, non etiam ceſſionis, aut obligationis differendæ causâ adjectus debet cenſeri, prout ſubtiliter hæc jura, quamvis ad rem aliam interpretatur Coſta. 1. *ſele t. cap.* 19. *per tot.*

8 Ex quibus infero, quod cum à patre hærede inſtituto filiofamilias legatum, aut fideicommiſſum rectè ſub conditione relinquatur §. *an ſervo* 32. *verſ. ſub conditione inſt. de legat.* utique & à patre hærede inſtituto filiofamiliâs, cum pater morietur, utiliter legatum aut fideicommiſſum relinquitur, & utilem exitum habet, licèt ſtrictum jus attendamus; ſi ante mortem patris hæredis inſtituti, & ſic ante exiſtentem neceſſariam conditionem filius ſui juris factus inveniatur. Circa quam rem obſervandus ſanè eſt elegans quidem diſcrimen, quod pandectarum jure inter legatum, & fideicommiſſum obtinuit à patre hærede inſtituto filiusfamilias, cum pater moriatur, relictum legatum conſiſtere non aliter poterat, quàm ſi moriente patre, & ſic exiſtentis conditionis tempore filius, idemque legatarius ſui juris factus reperiatur, fideicommiſſum autem à patre hærede inſtituto filiofamilias, cum pater morietur, relictum utile erat, licèt ante mortem patris filius ſui juris factus non fuiſſet, & adeum poſt mortem patris pertinebat, quia ex benignitate, quæ verborum ſubtilitati in fideicommiſſis prævalebat, ad hoc ut eo etiam caſu, quo filius in morientis patris poteſtate eſſet, ſubſiſteret, poſt mortem patris relictum intelligebatur, textus ſic intelligendus in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi filio* 10. *de legat.* 3. *l. filiam* 16. *de aur. & arg. legat.* quam obſervationem fundavi, & ex ea difficillimum textum in *l.* 1. §. *ſi ab ipſo patre* 19. *de collat. bonor.* expoſui in *Academ, ad tit. C. de collat. cap.* 2. *num.* 4. Ex ſuperioribus etiam intelligo textum in *d. l.* 11. §. *hoc autem* 6. *de legat.* 3. ubi ſic relictum fideicommiſſum, cum hæres voluerit, quando poſt mortem hæredis datum exiſtimatur *l. uxorem* 41. §. *Scævola* 13. *eod. tit.* quia conditionale eſt, ſi fideicommiſſarius antequam hæres ſe velle conſtituerit, deceſſerit, ad ejus hæredem non tranſmittitur, quamvis ſi hæredi ſupervixerit fideicommiſſarius, petere fideicommiſſum poſſit, licèt hæres ante declaratam voluntatem deceſſerit, ex hisquæ tradit D. Retes ſub *lib.* 3. *opuſc. ad notas Claudii in d. l.* 41. §. 13. *de legatis* 3.

Sed omnibus opponi videntur textus in *l. patrem* 19. *quæ in fraud. creditor*, & *in l. poſt mortem* 12. *C. de fideicommiſſis*, in quibus hæres poſt mortem ſuum univerſale, vel particulare fideicommiſſum juſſus reſtituere, & antequam fati munus impleat, illud reſtituere poſſe dicitur; ergo poſt mortem hæredis relictum fideicommiſſum conditionale non eſt, ac proinde ſtatim à morte teſtatoris quoad tranſmiſſionis effectum cedit, probatur ſconſequentia, illud inter alia inter fideicommiſſum ex certo die, aut ſub conditione relictum intereſt, quod ex certo die (aut ſub conditionetelictum) etiam ante diem poteſt reſtitui ex regulâ textus in *l. ſtipulatio* 38. §. *inter incertam* 16. *de verb. oblig.* ſub conditione verò, aut ex incerto die, qui conditionis vicem gerit, relictum ante exiſtentem conditionem, aut diem venientem reſtitui non poteſt *l. ſed etſi ante diem* 10. *ad Trellian.* Sed poſt mortem hæredis relictum fideicommiſſum ab eo vivente, & ſic ante diem venientem reſtitui non poteſt; ergo conditionale non eſt, imò ex certo die relictum cenſetur, ac per conſequens à morte teſtatoris cedit, & ad legatarii hæredem tranſmittitur. Cui difficultati ut reſpondeam, animadverto, quod licèt hoc aſſumptum ex prædictis juribus interpretes communiter deducant, illud tamen ex *d. l.* 19. *quæ in fraud. creditor.* non probatur. Proponit ibi Papinianus quendam ab uxore hæredem inſtitutum, cùm ipſa moreretur, vel poſt mortem ſuam (quod idem eſt in terminis fideicommiſſi, ut *antecea. num.* dixi) communi filio hæreditatem reſtituere juſſum fuiſſe, & non expectatâ morte ſuâ filio ſui juris facto, omiſſâ falcidiæ ratione, hæreditatem reſtituiſſe, & reſpondet non idcircò creditores fraudaſſe, imò defuncti precibus fidum obſequium præſtitiſſe, in qua facti ſerie, ut advertit. Cujac. *lib.* 11. *reſponſor. Papin. in eo textu*, fideicommiſſum ante exiſtentiam conditionis reſtitutum dici non poteſt, nam conditio illa fideicommiſſo appoſita, cum pater morietur, ubi filius per emancipationem, vel legitimum alium modum à ſacris paternis eximitur; juris cenſura teſtatoris voluntate ſubnixa pro impleta habetur *l. mulier* 22. *in princ. ad Trebell. l. ſi ita eſſet* 35. *quando dies legat. ced. cum ſimil.* ergo cum apud Papinianum filio ſui juris jam facto pater hæreditatem reſtituiſſet, poſt exiſtentiam conditionis reſtitutio facta cenſeretur. Difficultas itaque ſolùm ex dictis *l.* 12. *C. de fideicom.* deſumi poteſt pro cujus ſolutione, omiſſis quæ circa eum textum ſubtiliter magis, quàm verè diſputat Gofred. in *d. l.* 41. §. *ſejum.* 12. *de legat.* 3. *ex num.* 40. dicendum breviter eſt, quòd licèt regulariter ſub conditione, aut ex incerto die, qui conditionis vicem gerit, relictum fideicommiſſum ante diem venientem, aut conditionem exiſtentem reſtitui non poſſit *d. l.* 10. *ad* 9

Trebell. poſt hæredis tamen mortem relictum fideicommiſſum ante diem venientem, aut conditionem exiſtentem reſtitui non poſſit *d.l.* 10. *ad Trebell.* poſt hæredis tamen mortem relictum fideicommiſſum, quamvis omninò conditionale ſit, ut præter jam adducta jura probat textus in *l. cum pater* 77. *hæreditatem* 4. *de legat.* 2. ab hærede ipſo adhùc ſuperſtire utiliter reſtituitur, ideò ſub alia conditione relictum fideicommiſſum reſtitui ante ejus exiſtentiam non poteſt, quia præmatura reſtitutio teſtatoris judicium ſubverteret, qui non modò hæredi conſulere, ſed nec aliter fideicommiſſum voluit reſtitui, quàm ſi conditio extitiſſet, ut dicitur in *d.l.* 10. ex contrario autem teſtator, qui hæredem poſt mortem ſuam jubet fideicommiſſum reſtituere, non id principalitet agere, ut nec aliter, nec priùs fideicommiſſum reſtituatur, quàm ſi hæredi fideicommiſſarius ſupervixerit, imò totam conditionem in hæredis gratiam appoiuit, cui in omnem eventum poſpicere intendit, ut ſivè commiſſario ipſe ſupervixerit, fideicommiſſum extinguatur, ſivè ipſe ante fideicommiſſarium deceſſerit, medii temporis commodum ſenſiſſe, nec ipſe, ſed ejus hæres ad præſtationem adſtrictus reperiatur, poteſt itaque hæres conditionem tanquam omninò in ſui favorem appoſitam non expectare, & eam remittendo adhuc ſuperſtes fideicommiſſum reſtituere, quin ex eo teſtatoris judicium offendere dici poſſit, cui ſatisfacere potiùs intelligitur, ut loquitur Imperator in *d. l.* 12. *C. de fideicom.* Non idem de cœteris conditionibus dicendum erit, quæ cum non omninò in hæredis gratiam apponantur, ab hærede ſunt expectandæ, ità ut interim facta reſtitutio tanquam teſtatoris voluntatem offendens, ſit inutilis, docent quamvis non hâc perſpicuitate Padilla, Donell. & Epiphanius in *d. l.* 12. qui cum judicio animadverturu ejus textus doctrinam ità procedere, ſi fideicommiſſario alius ſubſtitutus non fuerit, alioquin ſi ei, cui hæres poſt mortem ſuam fideicommiſſum reſtituere juſſus eſt, alius ſubſtitutus ſit, ab hærede adhuc ſuperſtite reſtitui fideicommiſſum non poteſt, quia cum conditio oon in ſolius hæredis, ſed & in ſubſtituti gratiam oppoſita ſit, ejus exiſtentiam hæres expectare tenetur, ne præmatura reſtitutio & teſtatoris judicium evertat, & ſimul ſubſtituto fraudem irroget. juxta textus ſic intelligendos, & cum *d. l.* 12. conciliandos in *l. filiusfamilias* 114. §. *divi* 11. *de legat.* 1. *d. l.* 27. §. *à filiâ* 10. *de legat.* 2. *d. l.* 41. §. *ſejum* 12. *de legat* 3.

10 Ex ſupra traditis etiam principiis intelligendus eſt textus in *l. ſtatius Florus* 48. §. 1. *de jur. fiſci*, ubi cum mater, quæ hæres ſcripta poſt mortem ſuam filio hæreditatem reſtituere juſſa fuerat, condemnata propter delictum fuiſſet, ejuſque bona fiſcus vindicaſſet, contendebat filius ſe ante pœnam eſſe, ideòque fiſco circa hæreditatem præferendum, nam pœnis fiſcalibus creditores præferendos conſtat ex *l. non poſſunt* 11. *cum aliis de jur. fiſci l. un. C. de pœnis fiſcalib. credit. præf. lib.* 10. Ex adverſo fiſcus hæreditatem vindicare nitebatur, quia nondum fideicommiſſi dies venerat, quam contentionem ſic Paulus dirimendam reſpondet, ut hæredilas interim ad fiſcum pertineat, quia vel poteſt filius non euntibus ex ordine fatis ante matrem decedere, vel mater interim res alienas acquirere; quæ Pauli deciſio ſic explicanda eſt; fideicommiſſum poſt mortem matris hæredis inſtitutæ filio relictum conditionale eſt, & eo caſu poteſt extingui, quo turbato mortalitatis ordine ante matrem filius deceſſerit ex ſupra dictis; ergo ubi mater propter delictum non quidem in inſulam deportatur (prout falsò plerique ſupponunt) ſed condemnata, ejuſque bona confiſcantur, hæreditas interim ad fiſcum cum ſua cauſa permanſit, argum. textus *in l. peto* 69. §. *prædium* 1. *de legat.* 2. quæ vel apud ipſum manebit, ſi filius matri non ſuper vixerit, vel filio, ſi matri ſuper vixerit, reſtituetur. Sic eum textum eleganter expoſuit Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 11. *per tot.* & precipuè *ex num.* 35. & in *d. l. un. C. pœn. fiſcal. credit. præf. lib.* 10. *num.* 24. *cum* 3. *ſeqq.* ad eandem etiam juris partem ſpectat difficilis textus in *l. cum filiofam.* 11. *verſ. & ideò de legat.* 1. docet initio Papinian. quod ſi filiusfamilias hæres inſtitutus ſit, poteſt à patre eidem filio fidei commiſſum relinqui, quod ex perſona patris tanquam patris, non tanquam hæredis conſiſtit, ex quo principio duplicem lationem deducit, primam in *verſ. denique* quæ noſtræ inſpectionis non eſt, ſecundam in *d. verſ. & ideò*, ubi aſſerit, quòd ſi filius hæres inſtitutus, cui pater tanquam pater fideicommiſſum poſt mortem ſuam reſtituere rogatus erat, vivo adhuc patre deceſſerit, pater fideicommiſſum retinebi, quod ex propria ejus perſona vires accepit, cujus deciſionis ratio, miſſis quæ tradit Cujacius *lib.* 9. *quæſt. Papin. in eo textu.* ex eo derivatur, quòd cum hujus modi fideicommiſſum ſit conditionale, & per mortem filii vivo parte poſt teſtatoris obitum; imò & poſt aditam hæreditatem, quod neceſſariò ſupponendum eſt, contingentem, conditio defecerit, omninò penes patrem debuit manere. Sic docet Ramos *lib.* 4. *ad leg. falcid. jul. & Pap. reliq.* 36. *num.* 6. qui aliud juxta Papiniani mentem obſervandum fuiſſe arbitratur, ſi pater eâdem ſpecie retentâ poſt mortem ſuam non quidem filio, ſed extraneo fideicommiſſum reſtituere juſſus fuiſſet, & vivo patre fideicommiſſarius deceſſiſſet, tunc enim ad patrem fideicommiſſum non aliter pertinere debuiſſe contendit, quàm ſi ejus fidem electam eſſe conſtaret, ex regula textus in *l. Julianus* 60. *de legat.* 2. alioquin ſi ut nudus miniſter pater electus fuiſſet, non apud ipſum, ſed penes filium fideicommiſſum maneret. *l. ſi quis titio* 17. *eod. tit. cum ſimil.* Neutro tamen caſu fideicommiſſum tanquam caducum ad fiſcum pertinuiſſe exiſtimo, ex eo quod poſt mortem teſtatoris vivo adhuc patre fideicommiſſarius deceſſiſſet, quia ubi poſt mortem teſtatoris per legatarii, aut fideicommiſſarii obitum conditio deficiebat, caducum legatum, aut fideicommiſsum non fiebat, ut noviter *anteriori cap.* obſervavi ex *num.* 14. & præcipuè *num.* 16.

Ex eo etiam, quod dixi *num.* 7. ſcilicet poſt mortem tertii relictum legatum omninò conditionale eſſe *d. l.* 40. §. 2. *de C. & D.* argum. 11
text. *in l. ſi ita ſcriptum.* 13. §. *ult. l. filius* 28. *in fin. princ. de liber. & poſthum, l. qui filio* 38. *in princ. de hæred. inſt.* juncto pro eorum interpretatione Bellono *de jur. accreſc. d. c.* 7. *quæſt.* 16. *num.* 80. *cum ſeqq. & num.* 273. *cum plurib. ſeqq.* explicandus eſt textus in *l. ſi poſt mortem*

patris 68. de legat. ubi ſi poſt mortem patris legatum relictum fuiſſet ; legati validitatem meritò Gajus ſupponit, nam licèt ejus ſæculo filiusfamilias poſt mortem patris non rectè ſtipularetur §. *poſt mortem 13. inſt. de inutil.* quia quandocumque filiusfamilias ſtipulatur pro eo habetur, ac ſi pater ipſe fuiſſet ſtipulatus *l. quodcunque in princ. de verb. oblig.* pater autem poſt mortem ſuam ſtipulari non poterat legatum tamen filiofamilias poſt mortem patris relictum utile erat, quia tanquam conditionale nun ante ceſſionem patris, ſed in ipſius filii perſuna conſiſtit ex his, quæ dixi *præced. cap. num. 6. cum ſeq.* ſuppoſitâ itaque validitate ad filium legatum pertinere poſt mortem patris conſultus ſcribit, nec quidquam intereſſe, an filius patri hæres extiterit, nec non, quia cum hujus modi legatum ſit omninò conditionale ante exiſtenrem neceſſariam conditionem, ſcilicet ante mortem patris non cedit, mortuo autem patre, etſi neceſſariâ exiſtente conditione penes filium ſui juris factum cedit, qui etſi à patre fuerit exhæredatus, ad legatum admittitur, ut pote quod nun ex patris, ſed ex teſtatoris judicio capit. Si verò legatum filiofamilias, cum pater moreretur, relictum ſit, quamvis omninò ſit conditionale, quia tamen illa conditio non mortuo, ſed moriente, ac proinde vivente patre impletur *l. ab omnib. 104. §. cum quidam 6. de legat.* cum ſimil. ad filium non aliter pertinet, quàm ſi paternæ mortis tempore ſui jam juris fuerit, alioquin ad ipſum patrem morientem pertinebit, cui per filium ultimo eo inſtanti acquiritur, nec filius ejus commodo fruitur, niſi patris hæres extiterit, & hoc intereſſe, an poſt mortem patris, an verò cum pater morietur, filiofamilias relictum legatum ſit, Gajum docere voluiſſe exiſtimo in *d. l. 68. de legat.* Adjicio tamen; quod ſi filius familias, cum pater morietur, ſtipulatus ſit, non modò ſtipulatio etiam antiquo jure utilis eſt *d. l. 45. §. 1. verb. Oblig.* ſed & ejus commodum patri quæritur, etſi ante ejus mortem filius ſui juris factus inveniatur, tum quia hujuſmodi ſtipulatio tanquam ſub neceſſaria conditione contracta præſentem obligationem ex tempore conventionis producit ex dictis *num. 3.* tum quia etſi omninò conditionalis eſſet, patri tamen in omnem eventum eſſet acquirenda ex vulgari regula textus in *l. filiusfamilias 78. de verb. oblig. cum aliis.* Hinc etiam ſi filiusfamilias minor, cui poſt mortem patris relictum legatum fuiſſet, patri de legato non petendo paciſcenti conſenſerit, læſionem patitur propter ſuum, non propter paternum conſenſum, pactum ejus à patre ſine filii conſenſu interpoſitum filio non noceret, qua propter in integrum reſtituitur, cum ipſe ſolus, non etiam pater legati conſequendi ſpem habeat, ut pote quod ante patris mortem non cedit textus elegans in *l. 3. §. ſi quid minori 7. de minor.* ejudem inſpectionis eſt difficilis; textus in *l. Paul. penult. de collat. bonor.* quem ex his principiis, jam explicui in *Academ. ad tit. C. de collat. cap. 2. num. 5.*

12 Rursùs ex eadem doctrina Gajum intelligo in *d. l. 68. §. 1. de legat. 1.* ſervo poſt mortem domini relictum legatum ſubſiſtere ex nuper traditis conſultus ſupponit, & de ejus effectu diſputans aſſerit, quod ſi ſervus in eadem cauſa permanſerit, ad hæredem domini legatum pertinebit, indicans ſcilicet, quod ſi ante mortem domini manumiſſus ſit, legatum ipſe percipiet optimâ quidem ratione, quia hujuſmodi legatum tanquam conditionale ante mortem domini non cedit, & ſic vel ipſi ſervo jam manumiſſo ceſſionis tempore, vel ſi ſervus in eadem causâ permanſerit, hæreditati jacenti, & per eam hæredi domini acquiritur ex regula textus in *l. ſi uſusfr. 14. §. ult. quando dies legat. ced.* cum ſimil. Progreditur Gajus, & idem dicendum eſſe ſubjungit, etſi ſervus domini teſtamento liber eſſe juſsus ſit, nam legatum hæredi domini acquiritur, rationem præſtat, quia priùs legati, quàm libertatis dies cedit, ideſt libertas ſervo domini teſtamento relicta ante aditam hæreditatem non cedit *l. un. §. libertatib. 6. C. de caduc.* legatum autem eidem ſervo poſt domini murtem relictum mortuo domino, & ſic exiſtente neceſſaria conditione ſtatim cedit; ergo etſi maximè ſervus domini teſtamento liber eſſe juſſus ſit, ipſi poſt mortem domini relictum legatum hæreditati domini, & per eam hæredi poſteà adeunti acquiritur, cum eo tempore cedat, quo ſervus hæreditarius eſt, nec adhuc libertatem potuit nanciſci. Hujus tamen doctrinæ illam limitationem adjicit conſultus, niſi ſcilicet ex domini teſtamento, quo ſervus liber eſſe juſſus eſt, ſuus aliquis, aut neceſſarius hæres domino extiterit, quo caſu ad ſervum ipſum juris ſui factum potiùs, quàm ad hæredem domini legatum pertinebit, quia eo teſtamento relicta libertas, ex quo ſuus aliquis, aut neceſſarius exiſtit, ſtatim à morte teſtatoris cedit, ut dixi *cap. 2. num. ult.* quo etiam tempore ſervo poſt mortem domini relictum legatum cedit, cum ergo uno, eodemque temporis inſtanti & legati, & libertatis dies cedat, probabilius eſt, ut legatum ad ſervum ipſum ceſſionis tempore ſui juris jam factum pertineat, quàm ad domini hæredem, qui cum nullo temporis inſtanti ſervi dominus fuerit, per ſervum acquirere legatum non poteſt.

Poſt mortem hæredis, aut tertii relictum fideicommiſſum conditionale eſſe, & ſimiliter cum hæres, aut tertius morietur, relictum legatum, aut fideicommiſſum conditione ſuſpendi ſatis demonſtravimus. Nunc ſi quæratur, ſi legatarius, aut fideicommiſſarius incendio, ruina, aut naufragio cum hærede, aut tertio ſimul deceſſerit, ità ut ſciri non poſſit, utet ex his prior, poſteriorve deceſſerit, an defeciſſe, an verò extitiſſe intelligatur conditio? ſubtiliſſimè reſpondet Coſta in *l. qui duos 9. §. cum in bello 1. de reb. dubiis verbo patrem prius mortuum num. 3. cum ſeq.* multùm intereſſe, an poſt mortem hæredis, vel tertii, an verò cum hæres, aut tertius morietur, relictum legatum, aut fideicommiſſum ſit, nam ſi poſt mortem hæredis, vel tertii relictum fuerit, ex eo quod legatarius aut fideicommiſſarius cum hærede, aut tertio ſimul deceſſerit, conditio defeciſſe intelligitur, ex cujus defectu legatum, aut fideicommiſſum extinguitur, nec ad hæredem tranſmittitur: nam ad hoc, ut conditio illa poſt mortem verificetur, ut hæredi, aut tertio legatarius, aut fideicommiſſarius ſupervivat neceſſe eſt, ubi autem uterque deceſſerit, ſimul eodem caſu deceſſit, quamvis ſi rei veritatem ſpectemus, accidere vix unquam poſſit, ut eodem temporis 13

inſtanti uterque deceſſerit, uterque ſimul deceſſiſſe præſumitur, & neuter alteri ſupervixiſſe dici poteſt *l. duo ſocii* 8. *de hæred. inſt. d. l.* 9. *in fin. princ. de reb. dub.* Unde cum illæ omnes diſpoſitioues, quæ non alitet ſubſiſiſtunt, qoam ſi alter alteri ſupervixerit, ambobus ſimul decedeutibus evaneſcant *l. quod pariter* 16. *in princ. &* §. 1. *cum duab leg. ſeqq.* junctis quæ tradit Retes *lib. 7. opuſc. cap.* 5. *ex num.* 29. Utique & poſt tertii, vel hæredis mortem legatum aut fideicommiſſum relictum, quod conſiſtere non aliter poteſt, quàm ſi hæredi, aut tertio legatarius, aut fideicommiſsarius ſupervixerit, cum conditio illa poſt mortem nun itiſi jam mortuo hærede, vel tertio exiſtere dici poteſt, utroque, eodemque caſu decedente penitus evaneſcit. Hoc ipſum ſic clarius explicatur, conditionale legatum non aliter cedit, aut ad hæredem tranſmittitur, quàm ſi exiſtentis conditionis tempore legatarius ſuperſtes ſit *d. l. un.* §. *ſin autem* 7. *C. de caduc.* ſed ibi legatario, aut fideicommiſsario exiſtere dici non poteſt, cum neuter alteri ſupervixiſse creditur, ergo utroque ſimul decedente ex defectu conditionis legatum, aut fideicommiſsum extioguitur. Sin autem (quæ altera diſtinctionis pars eſt) cum hæres, aut tertius morietur, relictum legatum, aut fideicommiſsum ſit, licèt uterque ſimul deceſserit conditio vivo adhuc legatario, vel fideicommiſſario extitiſſe cenſetur. Quod ſic oſtendo: conditio illa, cum moriatur, non mortuo, ſed moriente, ac proinde adhuc vivente hærede, aut tertio reverà exiſtit utique ex ſupra dictis, ſed ubi legatarius cum hærede, aut tertio ſimul decedit, uterque uno, eodemque temporis momento deceſſiſſe præſumitur; ergo conditio illa, quæ exiſtit moriente, ac proinde vivente adhuc hærede, vel tertio reveta exiſtit utique & moriente, & proinde adhuc ſuperſtite legatario, vel fideicommiſſario, nam unum idemque inſtans mortis hæredis, aut tertii, aut legatarii, aut fideicommiſſarii, urtiuſque vitæ, non morti tribuitur *d. l.* 18. §. 1. *de manum. teſtam.* ac per conſequens legatarius, aut fideicommiſſarius, quo morieitte revera conditio exiſtit, legatum, aut fideicommiſſum ad hæredem tranſmittit ex regula textus in *d. l.* 104. §. 6. *de legat.* 1. *cum ſimil.* Accedit, quod illæ diſpoſitiones, in quibus non requiritur, quod aliquis alteri ſupervivat, ſed ſufficit, quod neuter præcedat, ambobus ſimul decedentibus ſubſiſtunt cum tunc neuter prior deceſſiſſe dici poteſt, exempli causâ ad hoc ut donatio inter virum, & uxorem morte donantis confirmetur, non exigitur quod donatarius coujux donanti conjugi ſupervivat, ſed ſufficit, quod neuter vivo præcedat, & ſic utroque conjuge ſimul decedente confirmatur, *l. cum hic ſtatus* 32. §. *ſi ambo* 14. *de donat. int. vir. l. ſi int. virum* 8. *de reb. dub.* quæ jura ſic explicat Retes *ubi ſupra num.* 26. *&* 28. atqui ad hoc; ut conditio illa cum hæres, aut tertius morietur, exiſtere dici poſſit, non requiritur, quod hæredi, vel tertio legatarius, aut fideicommiſſarius ſupervivat, ſed ſufficit, quod neuter præcedat, ut jam oſtendimus, ergo licèt uterque ſimul deceſſerit, non ideò legatum, aut fideicommiſſum extinguitur, imò quia revera extitit, ad hæredem omninò tranſmittitur.

14 Diximus ideò poſt mortem, aut in ultimum inſtans mortis hæredis, vel tertii legatum, aut fideicommiſſom relictum omninò conditionale eſſe, quia neceſſaria conditio, quam incertus mortis dies facit, an vivo vel mortuo legatario, vel fideicommiſſario ſit extitura, ignoratur. Hinc infero, quod ſi poſt mortem, aut in ultimum inſtans mortis hæredis, vel tertii, civitati; vel municipio legatum, aut fideicommiſſum relinquatur, ſtatim à morte teſtatoris cedit, nec conditione, ſed morâ ſuſpenditur, quia cum Civitas, aut municipium mori non poſſit, condirio illa non poteſt non vivente legatario, aut fideicommiſſario exiſtere, ac proinde ad inſtar certi diei petitionem ſolùm, non etiam legati ceſſionem ſuſpendit argum. textus in *d. l.* 79. *in princ. dr C. & D. cum ſimil.* quâ etiam ratione ſi Civitas poſt tertii mortem hæres inſtituatur, ſtatim à morte teſtatoris adire hæreditatem poteſt, nec diem mortis tertii tanquam omninò certum expectare tenetur ex generali regula textus in *l. hæreditas* 34. *de hæred. inſt. & in* §. *hæres, & purè* 9. *inſt. eod.* Ut doctè fundat Bellon de *jur. accreſc. dic. cap.* 7. *quæſt.* 16. *ex num.* 132. ſed dices: cum civitas quædam perſona ſit, etſi imaginaria *l. mortuo* 22. *de fidejuſſor.* aut fatali ſimplici, & velut ſuâ morte, aut violentiâ non propriè, ſed abuſivè mori poteſt *l. ſi uſufr.* 21. *quib. mod. uſufr. amis.* Ut copioſâ eruditione demonſtrat Ramos in extemporaneâ diſſertatione ad textum in *l. ſi uſufr.* 8. *de uſufr. legato num.* 17. *cum ſeqq.* imò & civitati legatum aut fideicommiſſum relictum *num.* 17. ſi quidem civitas everſa fuerit extinguitur, & penes eum, à quo relictum eſt remanet, expreſſus textus in *l. pater* 38. §. *fideicomm.* 6. *de legat.* 3. Sed evenire poteſt, ut priùs civitas evertatur, quàm hæres, aut tertius moriatur; ergo poſt mortem, aut in ultimum inſtans mortis hæredis, aut tertii legatum, aut fideicommiſſum civitati relictum conditionale non minus eſſe debet, quàm ſi cuilibet privato fuiſſet relictum, cum eadem incertitudinis ratio circa civitatem non minus, quàm circa privatum verſetur. Quinimò & hoc ipſum videtur Papinian. docuiſſe in eleganti, nec ab ullo, quem ſciam, ad rem adhuc expenſo textu in *l. hæredes mei* 57. *in princ. ad Trebell.* ubi cum hæredes inſtituti gravati fuiſſent, quidquid ad eos ex hæreditate, vel bonis perveniſſet, poſt mortem ſuam patriæ teſtatoris coloniæ Beneventanorum reſtituere, fructus pendente condirione perceptos in reſtitutionem venire conſultus ſcribit; tunc ſic, en fideicommiſſum poſt mortem hæredis municipio, ſivè Coloniæ relictum, quod tamen omninò conditionale eſſe Papinian. ſupponit, cum diſputet de fructibus pendente conditione perceptis; ergo poſt mortem hæredis, aut tertii Civitati legatum, aut fideicommiſſum relictum non morâ ſolùm, ſed & conditione ſuſpenditur.

Priorem difficultatis partem occupavit Bellon. 15
ubi ſuprà, juxta cujus doctrinam reſpondeo, quod licèt civitas impropriè mori poſſit. quia tamen id raro contingit, eum caſum expectare teſtator non creditur, qui rarò contingere poteſt, & quem expectare nec civile, nec naturale eſt argum. text. in *l.* 83. §. *ſacram.* 5. *verſ. ſed hæc de verb. oblig.* cujus rei argumentum eſt, quod licèt uſusfructus Civitati relictus poſſit civitatis morte, aut capitis diminutione finiri. *d. l. ult. quib. mod. uſufr. amitt.* quia tamen eos caſus tanquam triſtis eventus plenos expectare omi-

ominoſum eſſet, & Civitas immortalis, & perpetuò duratura præſumitur, ad hoc ut penes ipſam uſusfructus perſiſteret, nec inutilem proprietatem redderet, receptum fuit, ut centum annorum ſpàcio terminaretur, quaſi pro longævo homine accipienda Civitas ſit *d. l. 56. de uſuſr. legat.* pro quorum jurium conciliatione cum *l. computationi 68. vers.ſic denique ad l. falcid.* conſulendus Bellonus *ubi ſupra d. quæſt. 16. num.9. cum 5. ſeqq. & lib. 1. ad l. l. jul. & Pap. cap. 16. & 11.* Teſtator itaque, qui Civitatis, cujus fatalem, & rarò contingentem mortem non expectavit, poſt mortem hæredis fideicommiſſum reliquit, non condicione, ſed morâ ſuſpendere fideicommiſſum voluit. Nec tunc obſtat textus in *l. 38. §. 6, de legat. 3.* ex quo non evincitur civitatis, aut collegii interitum teſtatorem expectare præſumi, ſed ſolùm, quod ſi Collegium, cui fideicommiſſum relictum eſt, diſſolutum poſteà fuerit, apud eum, à quo relictum eſt, debet fideicommiſſum manere, quod longè diverſum eſt. Stat optimè Collegii diſſolutionem teſtatorem non expectare, & tamen poſteà diſſoluto Collegio fideicommiſſum extingui, nam & videmus quod licet caſus mortis: aut capitis diminutionis civitatis quoad uſusfructus interitum juris cenſurâ in conſideratione non ſit, ut pote qui non expectatur, ſi tamen fataliter contigerit jure uſumfructum extingui *d. l. 21. quib. mod. uſusfr. amitt.* Difficilior videri poteſt ex quo ſecundam difficultatis partem deduximus, textus, qui Bellonum, & omnes, quos viderim, fugit in *d. l. 7. in princ. ad Trebell.* pro cujus ſolutione dicendum exiſtimo Civitati poſt mortem hæredis relictum fideicommiſſum conditionem quidem continere non tamen eſſe propriè conditionale, imò ſtatim à morte teſtatoris cedere, quia ut ſuprà diximus, ea ſola neceſſaria conditio revera conditionale legatum, aut fideicommiſſum reddit, quæ an vivo, vel mortuo legatario, aut fideicommiſſario extituta ſit ignoratur, illa autem conditio, quæ non poteſt non vivo legatario, aut fideicommiſſario exiſtere petitionem ſolùm non etiam ceſſionem ſuſpendit *d. l. 79. in princ. & §. 1. de C. & D. cum ſimil.* Unde cum conditio illa poſt mortem hæredis non poſſit non juris cenſurâ, ſuperſtite adhuc Civitate exiſtere, morâ ſolum, non etiam conditione fideicommiſſum ſuſpendit. Quod ergo Papinian. pendere conditionem ſcribit, ad neceſſariam conditionem, quæ non poteſt non ſuperſtite Civitate exiſtere, referendum eſt, & quæ ideò ad inſtar certi diei ſolam fideicommiſſi petitionem remoratur. Principalem in eo textu Papiniani deciſionem, utpote quæ ad rem noſtram non ſpectat, omittimus, pro ejusexplicatione, & cum *l. Balliſta 32. eod. tit. ad Trebell.* conciliatione videndi Cujacius *lib. 4. obſerv. cap. 39. Donell. lib. 7. comment. cap. 26.* & ibi Oſuald. plures referens *lit. D.*

CAPUT V.

De legatis, quæ tacitam, ſeù extrinſecam continent conditionem.

JAm ad poſtremam noſtræ tractationis partem devenimus, in quæ de legatis, quæ 1
tacitam, ſeù extrinſecam continent conditionem, diſſerendum eſt. Tacita conditio eſt, quæ ineſt ex naturâ rei, vel ex juris diſpoſitione, veluti ſi partus ancillæ nondum editus, aut fructus ex fundo naſcituri legentur, tunc ex natura rei legatæ ineſt conditio, ſi partus in lucem edatur, ſi fructus naſcantur; alioquin nihil eſt, quod in legatum poſſit venire, *l. quod in rerum 24. in princ. de legat. 1. §. ea quoque 7. inſt. de legat. l. etiam 17. in princ. de legatis 3. l. 1. §. ult. de C. D.* argum. textus in *l. nec empiio 8. in princ. de verb. oblig.* rursùs quodlibet legatum tametſi purè relictum tacitam ex juris diſpoſitione continet conditionem, ſi hæres inſtitutus hæreditatem adierit, alioquin per inſtituti hæredis repudiationem nec legata, nec alia in eo relicta ſubſiſtunt, *l. ſi nemo 9. de teſtam.tutel. cum vulg.* Tacitæ hujuſmodi conditiones intrinſecæ etiam appellari poſſunt, cum legato ipſi inhæreant, & ab eo ſint inſeparabiles; quòd enim extrinſecùs venire dicuntur in *l. conditiones 99. de C. & D.* & in *l. quod purè 6. §. quando dies legat. ced.* non ſic accipiendum eſt, quaſi extrinſecæ non ſint, ſed eò pertinet, ut denotetur, quod non teſtamento, ſed extrinſecùs, ſi teſtamentum attendamus, proficiſcuntur, ut expreſsè docet Papinian. in *d. l. C. & D. & in l. quod purè 6. §. quando dies legat. ced.* & animadvertit Petr. Barboſa in *l. 3. de legat. 1. num. 2.* Unde quæ tacitæ, ſeù extrinſecæ conditiones non ex teſtatoris judicio, ſed vel ex natura rei, vel ex juris diſpoſitione proveniunt, legati ceſſionem, aut tranſmiſſionem non ſuſpendunt, imò legatum tacitam, ſeù extrinſecam continens conditionem perinde quoad effectum tranſmiſſionis à morte teſtatoris cedit, ac ſi purum omninò eſſet, nec ullam conditionem in ſe contineret, *d. l. 99. de C. & D.* ut ecce teſtamento, quo ſub conditione hæres inſtitutus eſt, purè relictum legatum ex juris diſpoſitione tacitam in ſe continet conditionem, cum nec ante poſſit conſiſtere, quàm adita hæreditas ſit, nec priùs hæreditas adiri, quàm conditio extiterit, & tamen quoad tranſmiſſionem à morte teſtatotis cedit. *l. hæredis 7. §. 1. quando dies legat. ced.* ſimiliter ab eo, cui ſub conditione legatum eſt, purè relictum fideicommiſſum, quia ex natura rei, & ſimul ex juris diſpoſitione tacitam, ſeù extrinſecam continet conditionem, ſi ſcilicet legati conditio extiterit, á morte teſtatoris cedit, *l. cum ſine præfinitione 19. §. cum ab eo 2. eod. tit.* pariter & in eo teſtamento, quo poſthumus, aut aliquis apud hoſtes exiſtens hæres inſtitutus ſit, relictum purè legatum tacitam illam recipit conditionem, ſi natus poſthumus, aut ab hoſtibus reverſus fuerit captivus, & à morte teſtatoris cedit *d. l. 7. §. ſed & ſi 2. quando dies legat. ced.*

Rursùs vulgari ſubſtituto purè relictum lega- 2
tum, quia non expreſſam, ſed tacitam continet

conditionem , ſi ſcilicet ſubſtirurus hæres extiterit , à morte teſtatoris cedit , & ad hæredem legatarii tranſmittitur , quamvis deliberante inſtituto legatarius deceſſerit , ſi tamen poſteà ſubſtitutus hæres extiterit , *l.* 7. §. *inde diximus* 3. *quando dies legat. ced.* quâ etiam ratione ſecundis tabulis , ſeù à pupillari ſubſtituto purè relictum legatum , quod ex natura rei , & ſimul ex juris diſpoſitione illam continet conditionem , ſi pupillus intrà pubertatem decedenti ſubſtitutus hæres extiterit , mortuo patre , quamvis vivo pupillo , ſtatim quoad effectum tranſmiſſionis cedit , *l.* 1. *d. l.* 7. §. *tantundem* 4. *eod. tit.* ſed obſtat , quòd pupillares tabulæ non aliter , aut priùs confirmantur , quàm ſi pupillus intra pubertatem deceſſerit , & ex his pupillo , non teſtatori ſubſtitutus hæres exiſtit. *princ. inſt. de pupill. ſubſit*, ſed implicat, quod ex teſtamenro nondùm per mortem confirmaro legata cederediei poſſint; ergo ſecundis tabulis relicta legata etiam mortuo parre cedere ante obitum pupilli non poſſunt : Ulteriùs legatum omne, & delibatio hæreditatis juxta Florentini deſcriptionem in *l. legatum* 116. *de legat.* ab hæreditate exire dicitur in *l. ſed & hæres* 8. *de ſerv. corrupt.* ſed ſuperſtitis adhue pupilli etiam poſt patris obitum nulla poteſt hæreditas conſiderari *l.* 2. §. *interdùm de vulg. ſubſt.* junctâ generali regula textus in *l. qui ſuperſtitis* 94. *de acquiren. hæred.* ergo nec poſt mortem patris vivente adhuc pupillo poterit de legati ceſſione tractari. Expendi etiam ad rem poteſt textus in *l. ita* 27. §. *patre* 4. *ad Trebell.* ubi ſecundi tabulis relictum univerſale fideicommiſſum ſub conditione datum eſſe Julianus ſcribit , ergo ſentit non à morte patris , ſed pupilli , & ſic ab exiſtentis conditionis tempore cedere.

3 His rationibus quamvis non ſic expenſis convictus benedictus Pinelli *lib.* 1. *ſelect. cap.* 11. *num.* 62. *cum duob. ſeqq.* contendit , quod dicitur in *d. l.* 1. *& in d. l.* 7. §. 4. *quando dies legat. ced.* mortuo patre , quamvis vivo pupillo legatorum, quæ in ſecundis tabulis relicta ſunt , diem cedere , non quidem generaliter accipiendum , ſed ad eum caſum reſtringendum eſſe , quo pupillaris ſubſtitutus patri hæres extiterit ex inſtitutione , ejuſque hæreditatem adierit , tunc enim quemadmodum ipſe ſubſtitutus ſi poſt aditam patris hæreditatem , quamvis pupillo adhuc ſuperſtite deceſſiſſet , pupilli poſt modò intra pubertatem decedentis hæreditatem ad ſuum hæredem tranſmitteret, *l. qui patri* 59. *de acquir. hæred.* Sic pariter in eiſdem terminis relicta legata ad hæredem legatarii tranſmittuntur, quamvis vivo adhuc pupillo legatarius deceſſiſſet ; ex contrario autẽ ſi pupillaris ſubſtitutus in primis tabulis ſcriptus hæres non ſit . aut in eis ſcriptus patri hæres non extiterit , ſecundis tabulis relicta legata ante pupilli mortem non cedere ideò exiſtimat , quia ſicuti ſubſtitutus ipſe ſi ante pupillum decederet , ejus hæreditatem tranſmittere ad hæredem non poſſet ex regula textus in *l. un.* §. *in noviſſimo* 5. *C. de caduc. verſ. hæreditatem cum ſimil.* ſic & eodem caſu ante pupillum decedens legatarius tranſmittere ad hæredem non poteſt , & tandem ſubtiliſſimum carpit Coſtam , qui in *cap. ſi pater de teſtam. lib.* 1. 3. *parte , verb. de filio ad filiam num.* 23. generaliter docuit ſecundis tabulis relicta legata , mortuo patre , quamvis vivo pupillo quoad tranſmiſſionis effectum cedere. Hæc tamen Pinelli opinio ferenda non eſt ; tum quia textus in *d. l.* 1. *& in d. l.* 7. §. 4. *quando dies* , generalite loquuntur , nec curant , an pupillaris ſubſtitutus patri etiam hæres extiterit , nec ne , & quoad legatorum, quæ in ſecundis tabulis relicta ſunt , ceſſionem patris , non verò aditionis hæreditatis tempus attendendum docet , tum etiam quia ex eo quod pupillaris ſubſtitutus qui patri hæres non extiterit ante pupillum decedens ejeus hæreditatem tranſmittere ad hæredem non poſſit , non infertur , quod in eodem caſu ſecundis tabulis relicta legata poſt partis mortem ante obitum pupilli cedere , & ad hæredem tranſmitti non poſſint , in quo graviter labitur Pinellus , nam & vidimus quod generaliter purè relicta legata ante aditam hæreditarem quoad tranſmiſſionem à morte teſtatoris cedunt , cum tamen nondum adita hæreditas tranſmitti ad hæredes non poſſit. *l. un.* §. 1. *C. de caduc.*

Verior itaque contraria ſententia eſt , quam 4
nullus hac tenùs præter Pinellum negavit, & præterquam quod evidenter ex nuper adductis juribus deſumitur , ſic à juris ratione probatur; ſubſtitutio pupillaris pars eſt , & ſequela paterni teſtamenti , *l. qui plures* 38. §. *ult. l. ex pupillari* 44. *de vulgari* §. *libertis.* 1. *inſt. de pupill. ſubſtit.* & ex paterno judicio formam, & originem capere eleganter à Papiniano dicitur. *l. in ratione.* 11. *ſi filio* 6. *verſ. ut enim ad l. falcid.* ergo ſecundis tabulis relicta legata pærinde quoad ceſſionis , & tranſmiſſionis cauſam debent eſtimari , ac ſi in primis tabulis relicta fuiſſent , ac proinde ſtatim à paternæ mortis tempore cedunt. Quo pertinere ex propria obſervatione exiſtimo textum in *l. ſicut* 11. *quemadm. teſtam. aper.* Ubi docet Cajus *lib.* 11. *ad l. l. jul. & Pap.* quod ſicut codicilli teſtamenti pars intelliguntur , ſic & ſecundæ tabulæ principalium tabularum partem obtinere videntur. Priorem deciſionis partem , quæ ad codicillos ſpectat in 1. *præſentis commentarij cap. num.* 21. jam expoſui ; ſecundam autem partem ſic explico juxta textus inſcriptionem ; Gaji juris conſulti tempore propter ſenatus conſulta ad caducarias leges facta , non à morte teſtatoris, ſed ab apertis teſtamenti tabulis legata cedebant. Hinc cum pupillares tabulæ ſœpe ſeparatim aperirentur , *l. pupillares* 8. *eod. tit.* quærebatur , an in eis relicta legata ab apertis primis tabulis cedere deberent ; cui dubitationi optimè Gajus reſpondit , quod quoties de legatorum , quæ in ſecundis tabulis relicta ſunt , ceſſione tractatur , priorum , non ſecundarum tabularum aperturæ tempus attenditur eâ ratione (quam ut caducorum mentionem ſupprimeret Tribonianus ſolùm appoſuit) quia cum ſecundæ tabulæ pars , acceſſio , ſivè ſequela priorum tabularum ſint , perinde quoad ceſſionis cauſam in eis relicta legata eſtimantur , ac ſi in primis fuiſſent relicta ſub condirione tacita , ſi pupillus intra pubertatem deceſſerit juxta textus ſic intelligendos in *d. l.* 11. §. *quod vulgò* 5. *l. in duplicib.* 79. *ad l. falcid.* Quo etiam ſenſu exaudiendus eſt textus , quem in contrarium *num.* 2. expendimus in *d. l.* 27. §. 4. *ad Trebell.* ex quo ſolùm evincitur ſecundis tabulis relictum univerſale fideicommiſſum conditionale eſſe , quod non negamus, aſſerimus tamen ſtatim à paternæ mortis tempore cedere , quia ta-

citam ſolùm continet conditionem.

Ex quibus facilè ſolvitur difficultas ex juris ratione *num.* 2. deducta, nam cum ſecundæ tabulæ priotum tabularum pars ſint, mortuo patre ſimul cum priotibus confirmantur, & cum reſpectu judicii patris, & filii teſtamentum unicum ſit *l. patris* 20. *de vulg.* & omuinò per mortem patris confirmetur, uno, eademque tempore, à morte ſcilicet patris tam in ſecundis, quàm in primis tabulis relicta legata cedunt. Nec quod legatum hæreditatis ſit delibatio, & ab ea exire dicatur, ſuperſtitis autem pupilli nulla poſſit hæreditas conſiderari, impedit, ut ſtatim mortuo patre, quamvis vivo pupilio in ſecundis tabulis relicta legata cedant, quia licèt verum ſit duas hæreditates exiſtere; aliam pattis, aliam pupilli, quarum intuitu patris, & filii teſtamentum duplex appellatur in *d. l. in duplicib.* 79. *ad l. falcid.* quia tamen reſpectu, judicii unicum teſtamentum eſt, ſivè de legatorum, quæ in ſecundis tabulis relinquuntur, ceſſione, ſivè de ineunda legis falcidiæ ratione tractetur, nec pupilli mottem attendimus, nec bona; quæ mortis tempore pupillus reliquit, ſed patris mortem inſpicimus, & patrimonium, quod pater cùm moreretur, habuerit *d. l.* 11. §. 6. *d. l.* 79. *ad leg. falcid.* junctis quæ tradit Valentia, *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 6. *per tot.* Mitum itaque non eſt, quod eo tempore in ſecundis tabulis relicta legata non pupilli, ſed patris hæreditatem delibare intelliguntur, cùm ad ineundam rationem legis falcidiæ, patris, non pupilli hæreditas attenditur; ſæpè legatum eo tempore quo cedit, hæreditatem non delibat, cum à morte teſtatoris cedat, vel ab aditæ hæreditatis, vel à traditionis ab hærede factæ tempore, ſervatâ inter vindicationis, & damnationis legatum differentiâ, in legatarium dominium transferat, & tunc hæreditatem diminuat. Unde infero, quod eo etiam caſu, quo circa ſecundis tabulis relicta legata non patris, ſed pupilli facultates attenduntur. ut in, *l. ſi filius qui patri* 12. *de vulg.* Eotum ceſſio mortuo patre, filio quamvis pupillo contingit, ut docere videtur Cheſius 1. *interpret. cap.* 25. *num.* 14. *cum ſeqq.* quia tunc etiam patris, & filii teſtamentum unicum reſpectu judicii eſt, quo per patris mortem confirmato, ſtatim ſecundis tabulis relicta legata cedant, quamvis non priùs hæreditatem diminuant, quam pupillus intra pubertatem deceſſerit, & vel ab aditæ hæreditatis ejus, vel à traditionis à pupillari ſubſtituto factæ tempore dominium transferatur.

6 Verùm in adductis omnibus exemplis ante tacitæ conditionis exiſtentiam cedere legatum non poſſe ex eo probari videtur, quod tacitæ, ſeù extrinſecæ conditiones, dum pendent, obligationem, & actionem omninò differunt, ergo legatorum ceſſionem, & tranſmiſſionem remorantur. Antecedens probatur: quoties partus ancillæ nondum in lucem editus, aut fructus ex fundo naſcituri legantur, priuſquam partus edatur, aut fructus naſcantur, nihil eſt, quod poſſit ex legati cauſa deberi, & ex eo demùm tempore, quo partus editus, aut fructus nati fuerint, obligationem, & actionem incipere in terminis contractûs docemur in *d. l.* 8. *de contrah. empt. & in d. l.* 73. *de verb. oblig.* Similiter & in reliquis adductis exemplis, antequam tacitæ conditiones exiſtant legata deberi non poſſe certum eſt, ut per ſingula diſcurrenti patebit; ergo tacitæ conditiones dum pendent, obligationem, & actionem, ac prinde & legatorum ceſſionem remorantur. Hujus difficultatis ſolutio pendet ex eo, quod ut 1. *cap. ex n.* 1. dixi, legati ceſſio nihil habet cum obligatione, aut actione commune, nil ſanè prohibet, ut prius legatum cedat, quàm deberi poſſit, ut videre eſt in legato rei intranmiſſibilis purè relicto, quod ſtatim à morte teſtatoris cedit, cùm tamen non poſſit ante aditam hæreditatem deberi: nihil igitur mirum, quod legatum tacitam continens conditionem, deberi ante ejus exiſtentiam non poſſit, & tamen à morte teſtatoris cedat, quod enim ante deberi non poſſit, vel rei natura, vel ejus efficit diſpoſitio. ejus verò ceſſionem propter tranſmiſſionis commodum jure receptam ſola poteſt voluntas remorari, cumque tacitæ conditiones non ex teſtatoris judicio, ſed vel ex rei natura, vel ex juris diſpoſitione extrinſecùs proficiſcantur, obligationem quidem, & actionem ſuſpendunt, ceſſionem autem, & tranſmiſſionem legatorum non remorantur.

Sed dices: tacitæ condiciones obligationem, 7
& actionem non magis, quàm ceſſionem ſuſpendunt; falſum igitur eſt traditum inter ceſſionem, & obligationem diſcrimen. Antecedens probatur exemplô ſtipulationis dotis nomine contractæ, quæ ex naturæ rei tacitam nuptiarum continet conditionem *l. ſtipulationem* 21. *de jur. dot*; & tamen perinde ac ſi in diem certum fuiſſet contracta, obligationem, & actionem ſtatim producit; ut probat difficilis textus in *l.* 4. *hujus rei* 2. *de pact.* ubi qui ex ejus ſtipulationis cauſa ante nuptias experitur, malè petere dicitur, & ſic in plus petentium pœnam incidere ex regula textus in *l.* 2. §. *qui ità* 6. *de eo quod cert. loc.* §. *ſi quis agens* 33. *inſt. de act.* alioquin ſi tacita conditio obligationem ſuſpenderet, qui ante nuptias peteret, non malè, ſed nihil agere diceretur, nec actionem, quam nondùm haberet, amitteret *l. un.* §. *ult. quando dies uſusfr. legat. ced. l. grege* 13. §. *ſi ſub conditione* 5. *de pignor. l. bovem* 43. §. *ſi ſub conditione* 9. *de edilib. edictis*; junctis qua docent Cujac. *lib.* 22. *obſerv. cap.* 2. & Merillus, *lib.* 3. *obſer. cap.* 36. Hoc ipſum probatur ex noviter nunc exponendo textu in *d. l.* 6. §. 1. *quando dies legat. ced.* Ubi pro regula tradit Paulus, quòd ſi extrinſecùs legatum ſuſpendatur, non ex ipſo teſtamento à morte teſtatoris cedit, & ad legatarii hæredem tranſmittitur; exemplum adjicit, veluti ſi rem dotalem maritus extraneo legaverit, & uxori aliquam pro re dotali pecuniam, & uxore de dotis electione deliberante legatarius deceſſerit, ad ejus hæredem legatum tranſmittitur; rationem præſtat, quia magis mora, quàm conditio legato injecta videtur; tunc ſic; en ubi tacita illa condicio, quæ rei dotalis legato ineſt, ſi ſcilicet uxor pecuniam pro re dotali ſibi relictam elegerit, mora magis, quàm condicio appellatur; ſed legatum quod non condicione, ſed morâ ſuſpenditur; non modò à morte teſtatoris cedit, ſed & præſentem parit obligationem *d. l.* 70. *in princ. de C. & D.* junctis quæ dixi *præced. cap. num.* 5. ergo legatum continens tacitam condicionem, quod morâ, non condicione ſuſpendi dicitur, nòn ſolùm

à morte teſtatoris dicitur cedere, ſed & præſentem obligationem producere. Aſſumptum denique firmat noviter etiam illuſtrandus textus in *l. cum ſine præfinitione* 19. §. *ſi debitori* 3. *cum ſeq. quando dies legat. cedit.* Ubi ſi id, quod ſub conditione teſtatori debetur, vel debitori, vel alii cuilibet relictum ſit, non modò præſens quoad ceſſionis, & tranſmiſſionis cauſam legatum eſſe, ſed & ſtatim agi teſtamento poſſe, ut liberatio, aut actio præſtetur; Julianus reſpondet; tunc ſi liberationis, aut actiones legatum in præſenti tacitam illam continet conditionem, ſi ſcilicet obligationis conditio extiterit, alioquin nec liberationi, nec actioni locus eſſe poſſit, cum utraque in neceſſarium antecedens obligationem ſupponat *l. nil* 51. *de obl. & act. l. decem* 226. *de V. O.* & tamen non ſolùm quoad ceſſionem, ſed & quoad obligationis, & exactionis effectum præſens eſt; ergo legatum tacitam continens conditionem nec conditione, nec morâ ſuſpenditur.

8 Nullum tamen ex expenſis conſultorum reſponſis noſtræ, communique ſententiæ refragatur; non textus in *d. l.* 4. §. 2. *de pact.* nam licèt ſi propropriè loquendum ſit, malè petere is dicatur, qui actionem, quam in bonis jam habet, ante tempus in judicium deducit, nil autem agere dicatur qui pendente conditione, & ſic antequam actionem in bonis habeat, petit ex ſupradictis juribus, aliquando tamen impropriè malè agere dicitur, qui quia nullam actionem habet, nihil agit *l.* 4. *de compenſat.* Unde licèt is qui ex cauſa ſtipulationis dotis nomine contractæ ante nuptias, & ſic ante tacitam conditionem exiſtentem petit, propriè, & rigoroſè nihil agat, utpote quia obligationem, & actionem in bonis nondùm habet, impropriè tamen malè agere à Paulo dicitur in *d. l.* 4. §. 2. ſic ferè docent Duarenus in *eo textu*, & Fernandinus de Mendoza *lib.* 2. *diſp. de pact. cap.* 7. *num.* 16. qui per integrum caput noſtram, communemque ſententiam tuetur, & explicat textus, qui contrarii primâ fronte videri poſſent in *l. ità demùm* 31. *circa fin. de recept. arbitr.* & in *l. ſi mulier* 20. *de condit. cauſ. dat. non ſeq.* Pro cujus expoſitione conſulendus etiam D. Retes *lib.* 2. *Opuſc. ſect.* 2. *cap.* 1. *num.* 4. Non etiam textus in *d. l.* 6. §. 1. *quando dies legat. ced.* Omiſsâ etenim, quam ibi Goffredus exagitat, quæſtione, quæ propoſiti noſtri non eſt; reſpondeo rei dotalis legatum, de quo ibi, tacitam illam condicionem continere, ſi uxor pecuniam ſibi legatam elegerit, & ſic præſens quidem eſſe quoad ceſſionem, & tranſmiſſionem, non verò quoad cauſam obligationis, quæ omninò per tacitam conditionem ſuſpenditur, quod & Paulus ipſe meo judicio docuit, dum elegantiſſimè dixit magis moram, quàm conditionem legato injectam videri, non verò aſſeruit legatum morâ, non conditione ſuſpendi; inter quæ duo multum intereſſe arbitror. Illud legatum morâ, non conditione ſuſpenditur, quod præſens eſt quoad obligationem, & ceſſionem, non tamen quoad exactionis effectum *d. l.* 79. *de C. & D.* illud autem legatum morâ magis, quàm conditione ſuſpenditur, quod tacitam continet conditionem, habet enim moram ſimul, & conditionem, quæ obligationem ſuſpendit, magis autem moram, quàm conditionem habere dicitur reſpectu ceſſionis, de quâ Paulus diſſerebat, & quæ ſuſpendi per tacitam conditionem non debuit, ſicut & tranſmiſſionis intuitu legatum conditionale per tacitam conditionem conditionale non reddit juxta Papinianum in *d. l.* 99. *de C. & D.* Nec tandem textus in *d. l.* 19. §. 3. *cum ſeq. quando dies legat.* Nam reſpondeo, quod legatum ejus, quod ſub conditione teſtatori debetur, ſivè debitori, ſivè alii cuiliber relictum tacitam nullam continet conditionem, ſed purè omni ſenſu eſt, & nec conditione, nec morâ ſuſpenditur, quia in præſenti liberatione, aut obligationis ceſſione conſiſtit; nec enim implicat, ut conditionali debitori debitum pendente conditione acceptum conferatur; ità tamen ut tunc acceptationis effectus appareat, cùm conditio extiterit *l. ſub conditione* 16. *de ſolut. l. quod in diem* 12. *de acceptil.* nec magis ut conditionalis obligatio pendente adhùc conditione cedi poſſit *l. nomine* 17. Melior textus in *l. multum* 19. *de hered. vel. act. vend.* junctis quæ tradit D. Olea de *ceſſione juris tit.* 3. *quæſt.* 10. *num.* 8. & 11. Nec præſentem acceptilationem aut obligationis ceſſionem pendente conditione hæres juſtè recuſaret, ut pote cujus conditionis eventum expectari nihil intereſt, cum ſivè defecerit, ſivè extiterit obligationis conditio, debendum ipſi non ſit; jure itaque ad præſentem acceptilationem, aut obligationis ceſſionem, compellitur ex teſtamento; aliud tamen dicendum erit, ſi quod teſtatori debetur, vel debitori, vel aliis ſub conditione relictum ſit, in quibus terminis loquitur textus in *l. non ſolùm* 7. §. *ult. & in l. ſi id quod* 21. §. *ult. de liberat. legat.*

Vidimus jam tacitam conditionem obligationem ſuſpendere, ceſſionem autem, & tranſmiſſionem legatorum non remorari. Videamus 9
an tacita conditio ſiquidem à teſtatore fuerit expreſſa, legatorum ceſſionem ſuſpendat? Quam rem ut brevi, & perſpicuo ſermone comprehendam, conſtituo, quòd ſi eodem modo à teſtatore exprimatur, quo tacitè in eſſet, licèt expreſſa non fuiſſet, nihil operatur. Exempli causâ ſecundis tabulis ſub conditione ſi pupillus intra pubertatem deceſſerit, relictum expreſsè legatum à morte patris cedit, & ad hæredem tranſmittitur, quòd eodem modo exprimitur conditio, quo tacitè ineſſet *d. l.* 7. §. *tractari* 5. *quando dies legat. ced.* in cujus commentario videndus omninò Goffredus. Nec obſtat textus in *l. Scævolæ* 76. *ad Trebell.* ubi ideò univerſale fideicommiſſum, in quod pupillaris ſubſtitutio codicillis ſcripta convertitur, omnimodè conditionale eſt, nec ad hæredem fideicommiſſarii, qui vivo adhùc pupillo deceſſit, tranſmittitur, quia conditio illa, ſi pupillus intra pubertatem deceſſerit, quæ tacite pupillari ſubſtitutioni cohæret, univerſali fideicommiſſo tacitè ineſſe dici non poteſt, ut pote quod & ab ipſo filio hærede ſcripto in eum caſum, quo pubes jam factus deceſſerit, poteſt relinqui *l. cohæredi* 41. §. *quod ſi* 3. *verſ. nec aliud de vulgarib.* aut legitimo hærede filii etiam poſt pubertatem decedentis, prout doctè eum textum explicat Ramos *ad rubr.* & ad *l.* 1. *de vulg. n.* 13. *cum.* 3. *ſeqq.* ſimiliter & ſub eâ conditione, ſub quâ hæres inſtitutus eſt expreſsè relictum legatum à morte teſtatoris cedit *l. aliquando* 107. *de C. & D. l. ſi dies* 21. § 1. *quando dies legat. ced.* Et pariter ſub eâ conditione, ſi ſcriptus hæres adierit hæreditatem, expreſsè relictum purum cenſetur, & à morte teſtatoris cedit *l.* 3.

de legat. 1. *l. in condicionib.* 29. §. 1. *dict. l.* 107. *de C. & D. d. l.* 21. §. 1. *l. ſi titio* 22. §. 1. *quando dies legat. ced.* Rursùs ſi teſtator, cui naturaliter dumtaxat debetur, quod debitor ſolverit, alicui legaverit, hujuſmodi legatum illam continet conditionem, ſi pecunia ſoluta fuerit, quæ tamen quia eodem modo exprimitur, quo tacitè ineſſet, cùm naturalis obligatio non actionem, ſed ſolùm intentionem producat *l. naturalis* 10. *de C. & A.* legati ceſſionem non differt *l. cum illud* 25. §. 1. *quando dies legat. ced.* quamvis condicio per futuri temporis relativum inducta, quæ tacitè non ineſſet, legati ceſſionem ſuſpendat *l. cum quidam* 24. *in fin. de legat.* 2. docet Cujac. lib. 18. quæſt. Papiniani in *d. l.* 25. §. 1. meliùs quàm coſta 1. *ſelect. cap.* 7. *num.* 9. *cum ſeq.* & Petr. Barboſa in *d. l.* 3. *de legat.* 1. *num.* 15. *cum* 3. *ſeqq.* quorum opinionem accuratè rejeci in *tract. de falſ. demonſtr. & cauſ. ultim. volunt.* adjecto *cap.* 1. *ex num.* 10.

10 Si verò conditio à teſtatore alio modo fuerit expreſſa, quàm quo tacitè ineſſet, legati ceſſionem ſuſpendit; ut pote, ſi is qui duos hæredes inſtituit ſub eâ conditione, ſi ex eis alter hæreditatem adierit, alicui ab omnibus hæredibus legaverit, pro ejus hæredis parte, cujus perſona in conditione comprehenſa eſt, ſupervacua conditio eſt, quia eodem modo expreſſa fuit, quo tacitè ineſſet, & ſic pro ea parte legati ceſſionem non differt, pro cohæredis autem parte, cujus perſona in conditione comprehenſa non fuit, ſupervacua non eſt, imò pro ea parte legati ceſſionem ſuſpendit, quia licèt ad hoc, ut exitum legatum ſortiatur, hæreditatis aditione opus ſit; ad hoc tamen ut cohæres pro ſua parte legatum debeat, ſi adjecta conditio illa non fuiſſet, cohæredem hæreditatem adire non requireretur, expreſſus textus in *d. l.* 22. §. *ult. quando dies legat. ced.* Aliud ſanè procedit, ſi duobus inſtitutis nominatim ab uno ex iis ſub conditione, ſi ipſe hæres erit, relictum legatum ſit, tunc enim ſupervacua omninò conditio eſt, quia etſi expreſſa non fuiſſet, non tamen aliter oneratus hæres legatum poſſet debere, quàm ſi hæreditatem adiiſſet, & ſic legatum in ſolidum tanquam purum à morte teſtatoris cedit; textus ſic intelligendus *in d. l.* 19. §. *de C. & D.* quamvis ſi ipſe oneratus hæres hæreditatem repudiaverit, cohæres ad legati præſtationem teneatur, argumento textûs *in l. ad exhæred.* 126. §. 1. *de legat.* 1. juncto Valentia *lib.* 1. *illuſt. tract.* 1. *cap.* 3. *cum ſeq.* Nec tunc repetita conditio intelligitur, tum quia non pro conditione, ſed pro demonſtratione habetur, niſi ea expreſſa teſtatoris voluntas fuerit, ut conditionem induceret; ut dicitur in *d. l.* 19. §. 1. tum quia inutile legatum faceret, argum. text. in *l. ſervo* 113. §. *penult. de legat.* 1. juncto Cheſio *lib.* 2. *interpret. cap.* 18. quem textum ſic explicant Goffred. in *d. l.* 22. §. 1. *quando dies legat. ced. num.* 3. & Petrus Barboſa in *d. l.* 3. *de legat.* 1. *ex num.* 36. & præcipuè *ex num.* 40.

11 Similiter & expreſſim appoſita conditio, ſi legatarius voluerit, legati ceſſionem ſuſpendit, ità ut ſi legatarius ante declaratam voluntatem deceſſerit, ad hæredem legatum non tranſmittat *l. ſi ità* 65. §. 1. *de legat.* 1. *l. ſi ita* 69. *de C. & D.* quia alio modo exprimitur, quàm quo tacitè ineſſet; etenim ſi legatum purè relictum fuiſſet, jure reſolubili etiam ignoranti legatario acquireretur *l. cum pater* 77. §. *ſurdo* 3. *de legat.* 2. *cum ſimil.* Et tacita voluntatis conditio ſolùm ad irreſolubilem acquiſitionem exigeretur, at expreſſa conditio voluntatis etiam reſolubilem acquiſitionem in eventum declaratæ voluntatis ſuſpendit, ut à ſimili probant textus in *l.* 3. §. *filius* 2. *de liber. & poſthum. l. ſi quis ſempronium* 68. *l. Cornelius* 69. *de hæred. inſt. l. verba hæc* 12. *de condit. inſt.* junctis quæ dixi, & docent Petrus Barboſa in *d. l.* 3. *de legat.* 1. *ex num.* 27. & cum pluribus omninò videndus Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 2. *ex num.* 3. quamvis aliter nec rectè eos textus explicet Cheſius *lib.* 1. *interpret. cap.* 25. *per tot.* Nec obſtat textus in *l. titia* 85. *de C. & D.* pro quo videndus Donellus 11. *comment. cap.* 11. Aliud profectò dicendum exiſtimo, ſi legatario, cui ſimpliciter legavit teſtator, vulgaris aliquis ſubſtitutus datus ſit; hoc enim legatum conditionale non eſt; imò etſi legatarius ante declaratam voluntatem deceſſerit, ad ejus hæredem tranſmittitur, exemplo paternæ hæreditatis, quam filius ſuus hæres, cui vulgaris ſubſtitutus datus eſt etiam ignorans, ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittit in veriori ſententia, quam enixè defendunt plures congeſti ab Ayllon Laynez ad Antonium Gomez 1. *variar. cap.* 3. *num.* 25. Nec contrarium probat qui Antonium Gomez decepit *dic.* 1. *them. cap.* 9. *num.* 35. textus in *l. ſi legata* 6. *C. de legat.* qui ſolùm aſſerit, quod ſi legatarius legatum agnoverit, ſtatim vulgaris expirat ſubſtitutio, non tamen probat, quod ſi ante legatum agnitum deceſſerit, ejus hæredi ſubſtitutus præferatur. Diſſimulanda tamen non eſt difficultas, quæ naſcitur ex *d. l.* 69. *de C. & D.* dum ideò legatum pendente conditione ad hæredem non tranſire dicitur, quia perſonalis conditio eſt; ergo ſub conditione, quæ perſonæ non cohæreat, relictum legatum ad hæredem etiam pendente conditione tranſmittitur contra vulgaria principia. Reſpondeo primò id docere Conſultum voluiſſe, ſcilicèt conditionem illam legatarii, non etiam ejus hæredis perſonæ appoſitam fuiſſe, & ſic per legatarii mortem defeciſſe. Secundò, & elegantiùs, ni fallor, exiſtimo ex propria obſervatione ejus textûs quæſtionem, ut mihi ejus perſuadet inſcriptio, quæ talis eſt, *Gajus lib.* 13. *ad l. l. Jul. & Pap.* non ſolùm ad tranſmiſſionem pertinuiſſe, ſed in eo etiam fuiſſe, an ſcilicèt legatum, quod ad legatarii hæredem non tranſmittitur, ad fiſcum pertineret? Utramque ſimul quæſtionem diſſolvens reſpondit Conſultus legatum ad hæredes legatarii non tranſire, nec tamen ideò ad fiſcum pertinere; rationem præſtitit generalem, quæ tranſmiſſione, & fiſco excluſis hæredi teſtatoris locum faceret, ſcilicèt quia conditio perſonalis eſt, & legatarii morte deficit, unde nec ad legatarii hæredem legatum tranſmittitur, nec ad fiſcum pertinet ex his quæ dixi *cap.* 3. *num.* 16.

Aliquando tamen tacita conditio legati ceſſionem, & tranſmiſſionem ſuſpendit, veluti ſi perſonæ legatarii cohæreat, ut ecce ſi in annos ſingulos alicui legatum ſit, plura legata ſunt & primi anni legatum quidem eſt purum, & ad hæredem tranſmittitur, ſequentium autem annorum legatum coditionale eſt; tacitam enim continet conditionem, ſi vixerit legatarius; & ad ejus hæredem non tranſit, non ſemel ita- 12

que, ſed cujuſqua anni initio ejus legati dies cedit, & per ſingulos annos legatarii condicio, ſeù capitas expectatur, *l. un. in princ: quando dies uſusfr. ced. l. 4. cum ſeq. l. in ſingulos l. 11. in princ. quando dies uſufr. legat. ced. l. cum in annos cum l. ſeq. de annuis legat. l. cum in annos 10. cum l. reg. l. nec ſemel 12. in princ. & §. 1. cum duob. ſeqq. l. cum in annos 23. l. ſi cum ſine præfinitione 20, quando dies legat. ced.* in quibus annuum legatum differt ab annua ſtipulatione, quæ una, & perpetua eſt, & ad hæredes tranſmittitur *l. ſi ſtichum 16. §. 1. de verb. oblig. .. ſenatus 35. ult. de mort. cauſ. donat.* junctis quæ docent. Cujac. Duaren. & Giphanius in *d. l. 16. §. 1.* D. Ramos *lib. 4. ad ll. jul. & Pap. reliq. 36. num. 9.* ſimilitet & optionis legatum, quia perſonalem, licèt tacitam continebat condicionem, ſi legatarius optaſſet, ut pote quia in ipſa optione, & electione conſiſtit ante novam Juſtiniani ſanctionem ad hæredem legatarii, qui antequam optaret, deceſſiſſet, non tranſmittitur, *l. 3. in princ. C. comm. de legat. §. optionis 23. inſt. de legat.* ut contra Benedictum Pinellum 2. *ſelect. cap. 16. num. 17.* docet Larreategui 5. *ſelect. cap. 4.* Erat itaque optionis legatum omninò conditionale, nec adhuc poſt aditam hæreditatem ante impletionem conditionis cedebat, ut præter juris rationem jam indicatam probat, ſi rectè perpendatur textus in *l. ſi duo 99. de legat. 1.* juncto Larreategui. *d. lib. 5. cap. 7. num. 1.* quamvis, ab aditâ hæreditate optionis legatum ceſſiſſe fàlsò tenuerit idem Larreategui *d. cap. 7. num. 5.* & eum ſecutus D. Ramos *dict. lib. 4. reliq. 37. num. 10.* decepti autoritate textus in *l. optione 16. de optione legat*; qui tamen ſolùm probat optari ante aditam hæreditatem non poſſe; quod & obſervatur per novam Juſtiniani conſtitutionem in *d. §. 23.* quia cum optionis actus legati agnitionem contineat, quæ fieri ante aditam hæreditatem non poteſt; ut 1. *cap.* diximus, tametſi hodie purum optionis legatum ſit, & à morte teſtatoris cedat, optari ante aditam hæreditatem non poteſt.

13 Alia ſanè generici, aut alternativi legati cauſa eſt, quod etſi per vindicationem relictum eſſet, quo caſu ad legatarium electio pertinebat ex his, quæ docent Interpretes in *§. ſi generaliter 22. inſt. de legat.* antiquo etiam jure inſpecto purum eſt, & quoad tranſmiſſionis effectum à morte teſtatoris cedit *l. hæredis 25. §. ſi incerto 17. fam. ercifc. l. illud 19. de opt. legat. l. nec ſemel 12. §. penult. quando dies legat. ced.* quia genericum, aut alternativum legatum non in ipſa electione, ſed in re generaliter legata, aut in rebus disjunctim relictis primò, & principaliter conſiſtit, & ſic tacitam ſolùm, non tamen perſonalem electionis conditionem continet, quæ non ſubſtantiam, ſed legati reſpicit executionem juxta textum ſic intelligendum in *l. 3. qui, & à quib.* docent Pinell. *d. lib. 2. cap. 16. num. 15.* & larreategui *d. lib. 5. cap. 4. num. 7. 3. & 5.* Ex qua inter optionis & genericum, alternativumque legatum differentiâ noviter intelligo textus in *d. l. 3. C. comm. de legat; & in d. §. 23. inſt. de legat*; in quibus aſſerit Juſtinianus dubitatum olim inter prudentes fuiſſe, an ſi legatarius, cui optio relicta erat, antequam optaret, decederet, ejuſque plures hæredes circa electionem diſſentirent, legatum extingueretur? Quam rem hodie inter plures diſſentientes legatarii hæredes ſorte dirimendam decidit, ut ejus, ad quem ſors pervenerit; ſententia in optione præcellat. Supponit igitur antiquo etiam jure optionis legatum ad legatarii ante electionem decedentis hæredes fuiſſe tranſmiſſum. Omiſſis tamen quæ tradunt inſtitutionum Interpretes in *d. §. 73.* & larreategui *d. lib. 5. cap. 9. num. 4.* Exiſtimo, quod licèt olim hujuſmodi quæſtio non eſſet circa legatum optionis, quod tranſmitti ante electionem non poterat, erat tamen circa genericum, aut alternativum legatum, ut expreſsè conſtat ex *d. l. 25. §. 17. fam. ercifc.* Cum itaque poſt Juſtiniani conſtitutionem optionis legatum quoad ceſſionem; & tranſmiſſionem à generico, aut alternativo legato non diſtet, eadem quæſtio, quæ circa genericum, aut alternativum legatum olim inter prudentes extiterat, neceſſariò Juſtiniani temporibus circa optionis legatum vertebatur, quam in quocumque legato ſorte dirimendam decidit; ut conſtat ex *dict. l. 3.* ex qua explicandus eſt textus in *d. §. 23.* ubi veterum altercatio, cujus meminit Imperator, ad genericum, aut alternativum legatum adoptionis etiam legatum, poſitâ novâ conſtitutione debet referri.

Hæc tamen doctrina, quæ habet genericum, 14
& alternativum legatum quoad tranſmiſſionem non ab electione, ſed à morte teſtatoris cedere, & præter jam adducta jura, probatur ex *l. ſi Pamphilo 10. de optione legatâ*; pro cujus expoſitione videndus Pinellus *d. lib. 2. cap. 16, num. 21. cum duob. ſeqq.* & larreategui *d. lib. 5. cap. 7. num. 3. cum ſeq.* & cujus ſecundam partem, quæ noſtræ inſpectionis non eſt explicat Cheſius *lib. 2. interpr. cap. 8. per tot.* Cujus tamen opinioni, ſi per tempus, & inſtitutum liceret, non conſentirem, procedit non ſolùm, ſi ſimpliciter per vindicationem relinquatur, ſed etiam ſi legatario expreſſim electo concedatur; expreſſus textus in *d. l. 19. de opt. legat*: Quia cum teſtator id ſolùm expreſſerit, quod legato tacitè ineſſet, quamvis expreſſum non fuiſſet, legati ceſſionem immutare, & ſuſpendere voluiſſe non creditur; ut docet Pinellus *ubi nuper 29.* Aliud tamen olim obſervabatur: ſi teſtator hominem, quem tertius elegiſſet, alicui legaſſet, hoc enim legatum erat omninò conditionale, nec ante electionem cedebat *d. l. 12. §. ult. quand. dies legat. ced.* quod jus Juſtinianus abrogavit in *d. l. 3. §. 1. C. commun. de legat.* pro cujus explicatione conſulendus larreategui *d. lib. 5. cap. 4. num. 4.* Ceterùm etſi per damnationem genericum; aut alternativum legatum relictum ſit, & electio expreſſim legatario concedatur, ultrà omnes, quos viderim, exiſtimo, quod à morte teſtatoris quoad tranſmiſſionis effectum cedit. Moveor ex eo quod genericæ, aut alternativæ ſtipulationi ineſt tacitè, ut promiſſoris ſit electio *l. plerùmque 10. §. ult. de jur. dot. cum ſimil*; & tamen licèt ſtipulator expreſsè ſibi electionem exceperit, etiam ante electionem ſtipulatio ad hæredem tranſmittitur, nec perſonalis electio quoad tranſmiſſionem cenſetur *l. ſi ſic legatum 75. §. ſi quis ità 3. de legat. 1.* quamvis perſonalis hactenùs ſit, ut filiofamilias, aut ſervo competat, ſi ex eis aliquis eam ſibi reſervaverit, nec ad patrem, vel dominum tranſeat *l. ſi ſtipulatus 76. §. 1. l. ult. de verb. oblig.* ergo pariter genericum, aut alternativum legatum per damnationem relictum, cu-

jus naturæ tacitè ineſt, ut electio ad hæredem pertineat, ad legatarii hæredem tranſmittitur, quamvis legatarius, cui electio expreſsè fuerit conceſſa, ante electionem deceſſerit. Accedit, quod teſtator, qui electionem legatario expreſsè tribuit, ubi per damnationem legat, id agit, ut ei magis, quàm hæredi proſpiciat, ideſt ut electio, quæ alioquin ad hæredem pertineret, legatario competat: ergo non eò animo electionem legatario tribuiſſe cenſendus eſt, ut legatum perſonale, & tranſmiſſibile efficeret, ſed potiùs ut hæredi electionem auferret, alioquin conceſſa in legatarii favorem electio in ejus damnum impeditâ tranſmiſſione retorqueretur contra regulam textûs *in l. quod favore 6. C. de legib.* quæ ratio militat etiam in generica, aut alternativa ſtipulatione, ex cujus cauſa ſtipulator ſibi electionem reſervavit; ſic textus in *d. l.* 19. & in *d. l.* 75. §. 3. meliùs forſan exponuntur, quàm eos explicuerunt Oſuald. 15. *comment. cap.* 2. *lit. D.* Faber 6. *conjectur. cap.* 1. Larreategui *d. lib.* 5. *cap.* 4. *ex num.* 6. Meſa 2. *variar. cap.* 28. *ex num.* 10. & cum pluribus Olea *tit.* 3. *quæſt.* 1. *ex num.* 33.

15 Quæ quidem omnia de generico, aut alternativo legato purè relicto rectè dicuntur; at ſi genericum, aut alternativum legatum ſub conditione relinquitur non à morte teſtatoris, ſed ab exiſtentia conditionis cedit; ad hoc autem, ut conditionale alternativum legatum dicatur, ſufficit circa unam ex rebus disjunctivis relictis conditionem apponi, quia licèt duas, pluresve contineat, ut in hoc ſenſu duæ, pluresve res legatæ dicantur in *l. planè* 34. §. *penult. de legat.* 1. unicum tamen legatum eſt *l. ſi illud* 27. *de legatis* 2. Hinc facilè intelligitur textus in *l. cum illud* 25. *in princ. quando dies legat. ced.* Ubi ſi teſtator fundum ſempronianum, aut ſi navis ex Aſia venerit, fundum Cornelianum alicui legaverit, conditionale legatum eſt, & pendente conditione decedens legatarius neutrum fundum ad hæredem tranſmittit. Quæ doctrina generaliter procedit, ſi talis fuerit conditio, quæ exiſtere, vel impleri moriente legatario potuerit; ſin autem ea fuerit conditio, quæ moriente legatario defecerit, aliud dicendum eſt. Cujus rei elegans exemplum apud Ulpianum invenitur in *l. ſi uſuſfr.* 14. *in princ. &* §. 1. *quando dies legat. ced.* Ubi ſi uſusfructus, aut decem, utrum legatarius voluerit, ſint legata, ait Ulpianus expectari mortem teſtatoris propter decem, & aditionem hæreditatis propter uſumfructum; quia donec teſtator deceſſerit, ejuſque adita fuerit hæreditas, electioni locus eſſe non poteſt: Nec tamen exiſtimet aliquis duplicem legati ceſſionem Conſultum admittere, ſeù quantitatis reſpectu legatum à morte teſtatoris cedere, uſusfructus verò reſpectu ab adita hæreditate: Nam cùm alternativum legatum unicum ſit, ſemel dumtaxat cedit, & cùm ante cedere non poſſit, quàm duo extrema exiſtant, circa quæ poſſit electio verſari propter uſumfructum, qui cedere ante aditam hæreditatem non poteſt, tam quantitatis, quàm uſusfructûs reſpectu ab adita cedit hæreditate: ſic ergo accipiendus erit Ulpianus, quaſi dicat præter teſtatoris mortem hæreditatis aditionem ad legati ceſſionem deſiderari. Progreditur, & in *d.* §. 2. docet, quòd ſi eâdem ſpecie retentâ legatarius poſt mortem teſtatoris deceſſerit, ad hæredem quantitatis legatum tranſmittit, quod eo mortuo (meliùs eo moriente dixiſſet) cedit, quia ultimo eo inſtanti, quo moritur legatarius, certum eſſe incipit uſumfructum nec ad ipſum, nec ad ejus hæredem perventurum [in quo ut id obiter animadvertam, uſusfructûs legatum multùm differt à legato operarum ſervi, quod quia perſonale non eſt, à morte teſtatoris cedit, & ad hæredem tranſmittitur *l.* 2. *de uſufr. legato, ubi Cujac.* 17. *quæſt. Papin.*] Et tunc ſimplex legatum cedit, & ad hæredem tranſmittitur. Cujus rei argumentum illud Ulpianus ex ſententia Juliani affert; quòd ſi ità legatum ſit: Sejæ decem, aut ſi peperit, fundum hæres meus dato; mulier ſi antequam pariat, deceſſerit, ad hæredem quantitatis legatum tranſmittit; quia eum in ultimo mortis inſtanti certum jam ſit mulierem nec pepeiſſe, nec parere ampliùs poſſe, ex defectu conditionis fundus à legato eximitur, ſimplexque quantitatis remanet legatum, quod eo inſtanti cedit, & ad hæredem tranſmittitur; docet Cujac. *lib.* 18. *quæſt. Papiniani in d. l.* 25. Unde noviter infero, quòd ſi in *d. l.* 25. *in princ. quando dies legat. ced.* conditio uni ex rebus alternativè legatis adſcripta vivo legatario defeciſſet, reſpectu alterius rei purè legatæ ſtatim legatum cederet, & ad legatarii hæredem tranſiret; argum. text. in *l. titio* 21. *de uſufructu legat.* Sed dices; in adductis ſpeciebus totum legatum eſt conditionale; ergo ex defectu conditionis utriuſque rei disjunctim legatæ reſpectu inutile redditur. Reſpondeo non ideò conditionale totum legatum eſſe, quia uni rei adſcripta conditio alteri purè legatæ appoſita intelligatur; quia interim dum pendet conditio, & electioni locus eſſe poteſt, cedere alternativum non poteſt, priuſquam duo exiſtant extrema, circa quæ electio verſetur: unde cum deficiente conditione nulla jam electionis ſpes ſuperſit, legatum alternativum eſſe deſinit, & ſimplex efficitur, ſtatimque cedit reſpectu rei purè legatæ; quemadmodum ex una ex rebus fortuito caſu pereunte alternativum legatum eſſe deſinit, ſimplexque remanet ex regula textûs in *l.* 2. §. *ſcævola* 3. *de eo quod cert. loc. l. hujuſmodi* 84. §. *ſi titio* 11. *de legat.*

Ex quibus explicandus eſt textus in *l. cum* 16
ita 16. *in princ. quand. dies legat. ced.* ubi legatum ità relictum: ſtichum, vel quod ex Pamphila natum fuerit, hæres meus dato; non priùs cedere dicitur, quàm aliquid ex Pamphila natum fuerit, aut certum fuerit naſci non poſſe. Difficultas in eo eſt, quòd ſtichus purè relictus fuit, tacita verò conditio, quæ partui legato ineſt, ſuſpenſtere ceſſionem, & tranſmiſſionem non poteſt ex ſupradictis; ergo ſtatim à morte teſtatoris debuit alternativum hujuſmodi legatum cedere. Ut verò Pinelli ſomnium omittam, qui dicit *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 15. alternativum legatum, in quo tacitè, vel expreſſè hæredi electio à teſtatore conceditur, ante electionem nec cedere, nec tranſmitti falsò exiſtimavit. Subtilis aiebat Goffredus in *d. l.* 14. *quando dies legat. ced. n.* 5. ideò in *d. l.* 16. conditionale eſſe omnino, quia conditio illa, quæ tacitè partui legato ineſt, ſticho legato ineſſe dici non poteſt, ut notum eſt. Cum itaque propria, veraque quoad ſtichum ſit conditio, alternati-

vum legatum , quod unicum eſt , reddit omninò conditionale. Hæc tamen Goffredi ſubtilitas præterquam quod ſaris refellitur ex *ante-anteced. num.* dictis , ex quibus , conſtat conditionem uni ex rebus alternativè legatis adſcriptam alteri purè legatæ appoſitam non cenſeri , convincitur etiam ex eâdem *l.* 16. Ubi ſi certum eſſe eeperit aliquid ex Pamphyla naſci non poſſe , quoad ſtichum utiliter legatum cedere dicitur ; quod omninò evincit conditionem ſticho legato adſcriptam non intelligi, alioquin ex ejus defectu nec quoad ſtichum cedere legatum poſſet. Dicendum itaque potiùs eſt ex mente Cujacii *d. l. 25. quæſt.* Papiniani in *d. l. 25. quando dies legat. ced.* ideò conditionale omninò legatum eſſe in *d. l.* 16. quia interim dum an aliquid ex Pamphyla naſciturum ſit , ignoratur , electioni locus eſſe poteſt , cedere autem alternativum legatum in ratione talis non debet,antequam duo extrema exiſtant,circa quæ cadat electio.Cedit itaque legatum vel tanquã alternativũ,ſi aliquando ex Pamphyla natũ fuerit,vel tanquam ſimplex,ſi certum fuerit naſci non poſſe.

Sed tunc opponitur difficillimus , nec ad
17 rem adhùc expoſius textus in *l. cum res 47. §. ſed ſi ſtichus 3. de legat.* Ubi ſi teſtator ſtichum , aut Pamphilum per damnationem legaverit , & alter ex his apud hoſtes exiſtat , præſentem præſtari , aut abſentis eſtimationem Ulpianus reſpondet , ideò quia toties electio eſt hæredi committenda , quoties moram non eſt facturus legatario; tum ſic : Ubi ex ſervis alternativè legatis apud hoſtes alter exiſtit , ejus reſpectu tacita ineſt conditio , ſi ab hoſtibus ipſe redierit , argum. *l. ult. de act. empt. l. id quod 9. de legat.* nec ante eam conditionem exiſtentem duo extrema exiſtunt , circa quæ electio verſari poteſt , & tamen non ſolùm ſtatim alternativum legatum cedit , ſed & ſtatim peti poteſt, ergo & in *dict. l.* 16. ante exiſtentem tacitam conditionem ex vi rebus legatis inhærentem quoad petitionem ſimul , & tranſmiſſionem cedere alternativum legatum debuit. Poſt varias tentatas ſolutiones , nonnullis & enim ab hinc annis hæc difficultas me torſit , veriſſimè , ni fallor , reſpondere tandem decrevi in *d. l.* 47. §. 3. totum legatum purum eſſe , nec quoad eum ſervum , qui apud hoſtes exiſtit , tacitam conditionem continere, quod ſic oſtendo : Naſcituri partus legatum ex natura rei tacitam recipit conditionem , quia præſtari per rerum naturam non poteſt , priuſquam partus in lucem edatur. *l. 1. de oper. ſerv. d. l. 74. de verb. oblig.* ac proinde nec ante electioni locus eſſe poteſt in *d. l.* 16. At rei apud hoſtes exiſtentis legatum purum omni ſenſu eſt etiam quoad petitionem ; quod enim res de præſenti præſtari non poſſit , non ex eo provenit, quod per rerum naturam præſtari non poſſit, poteſt enim ab his, qui apud hoſtes exiſtunt ; ſed ex eo potiùs , quod hæres re ipsâ caret , hoc autem non naturale impedimentum , ſed perſonæ incommodum eſt, quod obligationem, aut exactionem non differt *l. continuus 137. §. illud 4. de verb. oblig.* quamvis ex humanitate judicis officio , donec præſtari res poſſit , præſtatio ſuſpendatur *d. l. ult. de act. empt.* Quæ omnia latiùs expoſui in *Acam. ad tit. de eo quod cert. ex num. 5.* Quod idem ex eadem ratione obtinere exiſtimo in terminis textus in *l. hæres. 15. de legat. 3.* Nec tamen ex eo inferas judicis ſaltem officio differendum præſtationem in *d. l.* 47. §. 3. donec captus ſervus ab hoſtibus redierit ; nam cùm hæres ſtatim poſſit præſentem ſervum tradere , aut ſi eum pluris eſtimaverit , abſentis eſtimationem præſtare , deficit omninò humanitatis ratio quæ judicis officium ad differendum præſtationem inducat,ut inſinuavit Ulpianus in *d. §. 3.*

Rursùs tacita conditio quamvis perſonalis non ſit , ſi tamen ex teſtamento proveniat , om- 17
ninò legati ceſſionem , & tranſmiſſionem ſuſpendit , nam tùm demum tacitæ conditiones legatorum ceſſionem non differunt , cum extrinſecæ ſimul ſint , ideſt cum non ex teſtatoris judicio , ſed extrinſecus proficiſcuntur *d. l. 99. de C. & D.* Unde infero , quod ſi tacita conditio, quæ optioni , aut annuis legatis ineſt , perſonalis non eſſet , quia tamen ex ipſo teſtamento dimanat ,eorum ceſſionem ſuſpenderet. Similiter libertati adſcripta conditio , quæ in legato tacitè repetita intelligitur ex his quæ dixi *cap. 2. num.* 16. quia provenit ex teſtamento , legati ceſſionem ſuſpendit , ut rectè docuit Goffred. in *l. qui quatuor 30. §. cum teſtam. 2. de legat. 3. ex num.* 13. Pariter legatum purè datum , & adeptum ſub conditione , ſub contraria conditione tacitè datum intelligitur *l. qui dieb. 40. §. quidam 2. d. l. aliquando 107. de C. & D. d. l. quod purè 6. in princ. quando dies legat. ced.* Contrario verò hæc conditio , licèt tacita , quia ex ipſo teſtamento dimanat , legati ceſſionem , & tranſmiſſionem ſuſpendit. *l. ſi legatum 10. de adim. legat.* Exeadem ratione legatum purè relictum , & in alterum ſub conditione translatum , niſi alia teſtatoris voluntas fuerit , ſub contraria conditione tacitè relictum intelligitur , *l. quod ſi 7. cum l. ſeq. eod. tit.* & tacita hæc conditio tanquam ex teſtamento proveniens legati ceſſionem remoratur , ut docet Goffredus in *l. 3. §. 1. de adim. leg. num.* 17. Nec tunc obſtant textus in *d. l. 3. §. 1.* & in *§. ſed & cum quis 3. d. l. 10. §. 1. de adim. legat.* pro quorum intelligentia videndus erit Goffredus in *d. l. 3. §. 1. ex num. 42.* Hinc etiam ſi res aliqua purè relicta in alterum ſub conditione transferatur , res primò relicta ſub conditione legata cenſetur , quo pertinent difficiles textus in *l. 1. de pœn. legat.* & in *l. cum ſine præfinitione 19. in princ. quando dies legat. cedat.* in quibus ſi quis ita legaverit ; *hæres meus titio penum dato,* Sub illa conditione ſi centum deberi non inceperint; penus legata intelligitur. Duo itaque ſunt legata , aliud quantitatis , quod purum eſt , & ſtatim peti poteſt , ut dicitur in *d. l.* 29. ſic intelligendâ , alterum penus , quod omninò conditionale eſt , quod teſtatoris voluntas efficit , qui id agit , ut hæredi penum , vel centum dandi electionem concedat , ità tamen ut confeſtim & ſine mora vel penum , vel centum præſtet ; Unde legatarius quantitatem ſtatim petere poteſt. quæ tamen ante moram factam , vel litem conteſtatam non debetur ; Ut ſi hæres incontinenti, ideſt antequam moram fecerit , penum ſolvat , penus legata intelligitur , & in legem falcidiam imputatur : Si verò moram jam fecerit,ſi quidem lis nondùm fuerit conteſtata , penum quidem tradere poteſt , ut conſtat ex dictis juribus; verum penus ſic tradita non legati , ſed mortis cauſa

capi

capi intelligitur, nec in falcidiam imputatur, *l. 1. §. item ſi ità legatum 8. ad leg. falcid.* Textus ſic intelligendus in *l. ità ſtipulatus 115. §. item.2. verſ. id quod defendebat de verb. oblig.* juncto quoad diſcriminis rationem inter contractus, & ultimas voluntates in hâc parte Goffredo in *d.l. 40. §. 2. de C. & D. num* 2. & in *d. l. 10. de adim. legat. num. 5. cum ſeq.* Poſt litem autem ſuper quãtitate conteſtatam penus nec legati, nec mortis causâ legatario poteſt præſtari; ut colligitur ex dictis juribus, in quibus videndus omninò Goffredus. Nec obſtat, quod ante moram factam, vel litem conteſtatam quantitas nondum debeatur, nam ad hoc, ut peti poſſit, ſufficit, quod poſt moram factam, vel litem conteſtatam ſit debenda, argum. text. in *l. ſi titius 9. de verb. oblig.* ſic hæc jura melius explicantur, quam à Cujacio *lib. 70. ff. Juliani in d. l. 19. quando dies legat. ced* & Duarenus in *paraphr. ad tit. ad leg. falcid. cap.* 8. Quæ omnia ita procedunt, ſi penus legata ſit; nam ſi in conditione ſolùm poſita fuerit; veluti ſi teſtator ità dixerit, *hæres meus ſi penum non dederis, centum dato*; unicum legatum eſt, & omninò etiam quoad ceſſionem, & tranſmiſſionem conditionale, & indiſtinctè præſtita penus mortis, non legati causâ capitur, nec in legem falcidiam imputatur, quia legata non eſt *d. l. 1. §. 8. verſ. idemque erit ad l. falcid. d. l. 19. §. 1. l. ſi penum 24 §. 1. quando dies legat*; junctis quæ circa textum in *d. l. 19. §. 1.* dixi in *Acade. de die certo c. 2. n. 2.*

19 Ex his exponendus eſt textus in *d. l. 24. in princ. quando dies legat. ced.* ubi fundum ſi hæres dare damnatus ſit, & ſi non dediſſet, decem; ait Paulus fundum legatum, & tranſlatum eſſe in decem; ſi noluerit fundum hæres dare, & tunc pecuniam deberi, cum ſuper ea interpellatus hæres fundum non dederit, & ſic moram commiſerit. Progreditur, & docet, quod ſi interim legatarius deceſſerit, priuſquam hæres interpellaverit, ad hæredem fundi legatum tranſmittit, quia licèt fundi legatum tanquam ſub conditione ademptum ſub contraria conditione datum intelligatur, & ſit etiam quoad ceſſionis cauſam conditionale, cùm tamen adſcriptionis illa conditio, *ſi decem deberi inceperint*, vivente adhùc legatario, qui hæredem non interpellavit, non extiterit, ademptio nihil agit, & fundi legatum manet: ſed dices; conditio illa, ſub qua fundi legatum ademptum eſt, ſcilicet ſi centum deberi inceperint, aut ſi hæres ſuper quantitate fuerit interpellatus, ultimo etiam inſtanti, quo moritur legatarius, poteſt exiſtere, nam cum interpellatio per alium fieri poſſit *l. mora 32. §. 1. de uſur.* poteſt etiam fieri ultimo illo momento. quo moritur legatarius *l. ult. de condit. inſt.* ergo cum ademptionis conditio moriente legatario non deficiat, nec etiam contraria conditio ſub qua datum legatum intelligitur, ultimo eo inſtanti extitiſſe dici poteſt, ac per conſequens decedens interim legatarius fundum tranſmittere ad heredem non debet juxta textum in *d. l. 10. de adim. legat.* argum. textus in *d. l. 25. quando dies legat. ced.* junctis quæ dixi *n. 15.* Reſpondeo cum Goffredo in *d. l. 3. §. 1. de adim. legat n. 18. cum duob. ſeqq.* quod licèt regulariter ſi talis ſit conditio, quæ ultimo inſtanti mortis legatarii poſſit exiſtere, decedens interim legatarius ad hæredem legatum non tranſmittat, contrarium tamen ſervatur in ſpecie textus in *d. l. 24.* ubi ſufficit conditionem illam, ſi hæres interpellatus ſuper quantitate fuerit, ultimo inſtanti mortis legatarii revera nondùm extitiſſe, ad hoc ut eo inſtanti utiliter fundi legatum cedat, & ad hæredem transmittatur propter teſtatoris judicium, qui vel fundum, vel pecuniam omninò legatarium habere, & nullo unqoam eventu utroque carere voluit, conditionale itaque fundi legatum eſt, interim dum legatarius ſuperſtes nec ſuper pecuniâ hæredem interpellaverit; at ubi nullâ factâ interpellatione decidit, ad hæredem tranſmittitur.

Ad eandem partem legati purè dati, & adempti ſub conditione pertinet textus in *l. ſi poſt mortem 18. ſi purè 2. de legat.* 1. ubi ſi ſervus purè legatus ſub conditione liber eſſe juſſus ſit, ſub contraria conditione tacitè legatus intelligitur [juxta quem ſenſum accipiendus eſt etiam textus in *l. ſi ſervum 20. de uſufr. legat.*] etſi eâ pendente legatarius deceſſerit, quamvis poſteà libertatis conditio deficiat, & ſic legati conditio exiſtat, ad hæredem legatum non tranſmittit. Progreditur Gajus, & in *§. quod ſi 3. d. l. 68.* docet, quod ſi ſervus purè legatus ex die certa liber eſſe juſſus ſit, omnimodè inutile legatum eſt, quia diem venturam certum eſt. Concludit poſteà in *§. ult.* quòd ſi ſervus titio legatus poſt titii mortem liber eſſe juſſus ſit, inefficax legatum eſt, quia moriturum titium certum eſt. Deciſiva utriuſque §. ratio, omiſſis quæ comminiſcitur Goffredus in *eo textu*, ex eo pendet, quòd licèt mortis, aut certa alia dies libertati adſcripta conditionis vicem gerat *l. 36. §. ult. ad leg. falcid.* invenitur tamen datum legatum ſub illa conditione, ſi adveniente die ſervus ad libertatem non pervenerit, quæ cum exiſtere non poſſit, niſi forſan ante diem ſervus moreretur, quo etiam caſu legato locus eſſe non poteſt, ex voluntate teſtatoris inutile omninò legatum reddit, ut dixi in *Academ. de die certo cap. 2. num. 10.* Nec tunc obſtat textus in *l. peculium 65. §. titio 2. de legat. 2.* ubi ſervus titio legatus poſt titii mortem liber eſſe juſſus ſit, & legatum adita hæreditate, & libertas poſt mortem titii competit. Nam omiſſâ ſolutione Cujacii *lib. 16. quæſt. Papiniani in eo textu*; vel ſupponendum eſt eam ibi expreſſam teſtatoris voluntatem fuiſſe, vel dicendum Papiniani illud verbum *competit*, impropriè accipiendum, nec ad directam, ſed ad fideicommiſſariam libertatem referendum, ita ut ejus deciſio tunc procedat, eom titio ſervum purè legatum poſt mortem ſuam manumittere rogatus eſt, quo caſu ex voluntate teſtatoris & legatarius ab adita hæreditate ſervi dominium acquirit, & ejus hæres ad ſervi manumiſſionem obſtringitur. Sic textum in *d. l. 65. §. 2.* explicat Goffredus *ibi num. 12. & num. 15. cum duob. ſeqq.* 20

Habemus ex his tacitam conditionem ſæpè 21 obligationem, & petitionem dumtaxat, aliquando ceſſionem etiam, & tranſmiſſionem legatorum ſuſpendere: inde infertur, quod ea, quæ tanquam perſonalia purè relicta quoad obligationem ſolùm, & petitionem, non etiam quoad tranſmiſſionem ab adita cedunt hæreditate, veluti uſusfructus, & libertas, ut latè *2. cap.* diximus, per tacitam, ſivè extrinſecam non mi-

nus, quàm per expreſſam conditionem omninò ſuſpenduntur; nam cùm uſusfructùs, & libertatis ceſſio per diem certum differatur, ut dixi 2. *cap. num.* 6. utique & per tacitam, ſeù extrinſecam conditionem debet ſuſpendi. Unde ſubinfero, quod quemadmodum tacitam conditionem, quæ rei tranſmiſſibilis legato cohæret, etiam poſt mortem exiſtere ſufficit, ad hoc ut exitum legatum ſortiatur; & expreſſam conditionem uſusfructûs legato, aut libertati adjectam etiam poſt aditam hæreditatem exiſtere ſat eſt, ſic & tacitam conditionem, quæ uſusfructûs legato, aut libertati cohæret etiam poſt aditam hæreditatem exiſtere ſufficit; nec requiritur aditionis hæreditatis tempore jam extitiſſe. Aſſumptum non modò jam indicatâ juris ratione tuitur, ſed ex eo etiam probatur, quod ſi nudæ proprietatis dominus uſumfructum legaverit, ex natura rei legatum tacitam illam continet conditionem, ſi uſusfructus ſuperſtite adhùc legatario cum proprietate fuerit conſolidatus, argumento elegantis ad rem textûs ſic intelligendi in *l. & quæ nondum* 15. *in princ. de pignor*; tacita verò hæc conditio etiam poſt aditam hæreditatem poteſt exiſtere, & tunc utiliter uſusfructûs legatum cedit; *l. ſi dominus* 72. junctâ *l. quod noſtrum* 63. *de uſufr.* Hoc ipſum probatur eleganti textu, quem ad aliam rem jam expoſui *cap.* 2. *num.* 17. *cum ſeq. in l. cum filius* 76. §. *ſervus purè* 4. *de legat.* 2. Ubi ſervo relicta libertas extrinſecùs propter adulterii quæſtionem ſuſpenditur, & tamen etſi poſt aditam hæreditatem cognitionis tempus effluxerit, utiliter cedit; ut innuit Papinian; dum docet ſervi ſtatum extrinſecùs poſt aditam hæreditatem ſuſpendi, & dum aſſerit, quod ſervus legata ex teſtamento ſibi relicta ſperare non poteſt, quia eorum dies inutiliter cedit, quaſi ſentiat, quòd libertatem poteſt ſperare: extrinſeca igitur conditio, quæ ineſt libertati etiam poſt aditam hæreditatem poteſt exiſtere.

22 Contrarium tamen docere ipſe Papinianus videtur in *l. fratres* 33. *de pœnis*; ubi ſervo ſpecialiter pignori obligato directè relicta libertas, quæ extrinſecam illam continet conditionem, ſi pignus extinctum ſit *l. pignori* 26. *qui & a quibus*, ità demùm cedit utiliter, ſi poſt liberatum pignus adita fuerit hæreditas, quod & in terterminis libertatis in fraudem creditorum relictæ, quæ tacitam continet conditionem, ſi creditoribus fuerit ſatisfactum *l.* 1. §. 1. *de ſtat liber*; reſpondere Paulus videtur in *l. ſi mortis* 18. *qui & à quib.* Reſpondeo Papinianum in *d. l.* 33. ſolùm aſſerere, quòd ſi aditæ hæreditatis tempore pignus extinctum jam ſit, utiliter libertas cedit, nec ideò tamen negare extrinſecam illam conditionem etiam poſt aditam hæreditatem utiliter adimpleri, quod imò ipſe expreſſè docuit in *d. l.* 76. §. 4. *de legat.* 2. ſimiliter & quod in *d. l.* 18. Paulus ſcribit, ſi aditionis tempore hæreditatis ſolvendo non ſit, libertatem non competere, accipiendum ità eſt, ſi poſteà creditoribus fraus eum effectu fuerit irrogata. Ex qua etiam doctrina eundem Paulum intelligo in *l. fabia* 12. *de manum*; ubi ſervo, qui plagium commiſit, pro quo dominus pœnam intulerat, qui intra decem annos manumitti non poteſt, relicta libertas ità competit, ſi mortis teſtatoris tempore decennium jam elapſum ſit. Supponendum etenim neceſſariò eſt de libertate eo teſtamento, quo ſuus aliquis, aut neceſſarius hæres fuerit inſtitutus, relictâ Paulum loqui, quæ ſtatim à morte teſtatoris cedit ex dictis *cap.* 2. *num. ult.* Unde optimè Paulus aſſerit non teſtamenti facti, ſed mortis tempus expectandum ad hoc ut ſi jam decennium effluxerit, utiliter libertas cedat; nec tamen ideò negat, quòd etſi decennium elapſum nondùm ſit, competere libertas poteſt. Quâ etiam interpretatione intelligendum exiſtimo textum in *l. ſi generaliter* 24. §. *ſi homini* 3. *de fideicom. libert.* Omiſſis quæ Goffred. *ad rubr. de reg. Caton. ex num.* 16. Ad ſuperiorem autem ſpeciem Paulum in *d. l.* 12. debere referri ex eo conjector, quod Conſultus ipſe in *l. ſi privatus* 17. §. *ult. qui & à quib.* in eiſdem terminis competentis libertatis tempus generaliter expectandum ſcribit, ut ſic utrumque caſum comprehendat libertatis ſcilicèt eo teſtamento relictæ, quo extraneus hæres ſcriptus ſit, & eo teſtamento datæ, quò ſuus, aut neceſſarius ſit inſtitutus quaſi in primo aditionis hæreditatis, in ſecundo verò mortis tempus attendatur.

23 Sed tunc graviter opponitur textus novo nunc ſplendore illuſtrandus in *d. l.* 24. §. *ſi ſervo* 10. *de fideicom. libert.* Ubi ſervo ſpecialiter pignorato directè relicta libertas, quæ ex eo quod aditionis hæreditatis tempore extinctum pignus non etat, cedere ut directa non potuit, ſui favore in fideicommiſſariam flectitur; extrinſeca igitur conditio, quæ ineſt libertati, debet ante aditam hæreditatem exiſtere; ut cenſuerunt Petrus Faber *lib.* 2. *ſem. cap.* 19. Anton. Faber in *Papinianea tit.* 6. *princ.* 2. *illat.* 11. & 12. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. trac.* 5. *cap.* 2. *ex num.* 47. Santolaria *interpretatione* 15. *per tot.* & Didacus de la Serna *exerciat.* 5. *per tot.* Quibus tamen omiſſis reſpondeo libertatis, favorem in *d.* §. 10. in eo eſſe, quod licèt libertas poſſet ut directa defendi, utilior tamen, commodiorque ſervo in eâ ſpecie fideicommiſſaria libertas eſt; nam ſi libertas ut directa ſubſiſteret, ejus exitus periclitaretur, penderet enim ex pignoris luitione, quæ in hæredîs arbitrio eſt, quod in jure non implicat *l.* 30. *de ſtat. liber.* nec hærede pignus non luente in creditoris præjudicium pro impletâ conditio haberi poſſit; ex eo autem quod poſt aditam hæreditatem, ut fideicommiſſaria defendatur, pura eſt, non conditionalis, nec ex hæredis pendet arbitrio, qui ad ejus præſtationem jure compellitur *l. ſi ſervo* 84. *de hæred. inſtit. cum ſimil.* Unde non negat Ulpianus libertatem, etiamſi aditionis tempore extinctum pignus non ſit, ut directam poſſe defendi, ſed imò aſſerit vel directam in caſum luitionis pignoris expectare, vel fideicommiſſariam ſtatim extorquere, & hæredem ad pignoris luitionem compellere, quod in jure novum non eſſe conſtat ex *l. ſi quis* 96. *de manum. teſtam.* Idque Ulpianum ſenſiſſe infero tum ex illis textûs verbis, quaſi & fideicommiſſariâ libertate relictâ, quæ id conjunctivæ dictiones & ſignificatione ſuadente non obſcurè docent libertatem ut directam, & fideicommiſſariam ſimul defendi, tum & expreſſiùs ex illis verbis, *favor etenim libertatis ſuadet, ut interpretemur & ad libertatis petitionem procedere teſtamenti verba, quaſi ex fideicommiſſo fuerit ſervus liber eſſe juſſus*; ergo in eo

ſolùm libertatis vertitur favor, ut eam ſervus petere, & extorquere poſſit. Nec obſtat, quod initio textûs aſſerit Ulpianus ſubtili jure inutiliter ſervo pignorato directam libertatem relictam videri: id enim intelligendum ſic eſt; quaſi dicat ſubtili jure non rectè relictam fideicommiſſariam libertatem videri, quia directis, non precariis verbis relicta fuit; ex æquitate tamen, & ſui favore etiam ut fideicommiſſariam poſſe defendi; ut ſic jam maneat extrinſecam conditionem etiam poſt aditam hæreditatem utiliter adimpleri. Quibus jam muneri noſtro ſatisfecimus, & commentario finem imponimus. Utinam impenſus labor & in Dei honorem, immaculatæque Deiparæ cedat, & veſtris commodis N. N. deſerviat.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XIX.

De Vulgari & Pupillari ſubſtitutione.

CAPUT PRIMUM.

In quo generalia ſubſtitutionum elementa quaſi per indicem demonſtrantur, & de origine, natura, ſpeciebus, & formulis pupillaris ſubſtitutionis diſſeritur.

1 DE pupillari ſubſtitutione ex profeſſo acturus, ut per totius commentarii diſcurſum dicenda perſpicuè intelligaotur, generalia prius ſubſtitutionum principia quaſi per indicem demouſtiare conſtitui. Cum ſubſtituere nihil ſit aliud, quàm in alterius locum aliquid ſtatuere, aut ſubrogare generaliter accepta ſubſtitutio quancumque ſubrogationem in locum perſonæ, aut rei deficientis ſignificat, quo ſenſu apud juris Autores ſubſtitui arbores dicuntur, ſubſtitura pecora, ſubſtirutus debitor, creditorvè, ſubſtirutus Judex, & ſubſtituti tutores, vel curatores *l. agri. l. vel inutilium.69.de uſufr. §. ſed ſi gregis. 38. inſt. de rer. divis. l.Claudius. 16. verſ. planè qui potior. l. tutores. 39. §.in eum 11. de admin. tut. l. quod ſi fortè. 14. §. ſed etſi. 4. de ſolut. l. Cum apud Sempronium. 20. judicatum ſolvi cum ſimilib.* tradunt plures, quos congerit Oſſuald. 16. *comm.Donelli cap.23.lit.D.* ſpecificè autem, & ſtrictè ſumpta ſubſtitutio, prout in præſenti, ſubrogationem in hæredis locum deſignat, & pluribus definitionibus omiſſis, quas recenſere, & impugnare nec moris, nec inſtituti noſlri eſt, ſic commodè definitur: *Subſtitutio eſt ſecunda inſtitutio, ſivè inſtitutio ſecundi hæredis.* Hæc definitio ab Accurſio primum tradita, quam & amplectuntur Donell. 6.*com.cap.* 23. Govean. ad *noſtri tit. rubric. n.* 1. *Faber.* 15. *conject. cap.* 10. Peralta *ad rubr. ff. de hered. inſt. n.* 16. Spino *in ſpeculo teſtam. gloſſa* 21. *principali n.* 1. ex veterum juris Conſultorum deſcriptionibus omninò firmatur, inter quos Paulus in *l. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *in fin. h. tit.* ſubſtitutionem ſecundi hæredis appellarionem eſſe ſcribit, & in *l.* 4. *de injuſt. nupt. l.* 4. *ad Syllan. l.* 1. *& paſſim h. tit.* ſubſtituti ſecundo gradu ſcripti hæredes appellantur, & à Tacito *lib.* 1. *annal.* ſcripti in ſpem ſecundam dicuntur: ex juris etiam ratione definitio probatur, in qua Verbum *inſtitutio* loco generis eſt, ut potè quod tam ſecundam, quàm primam hæredis inſtitutionem propriè comprehendit, ut ex eo dignoſcitur, quod conditio illa, ſi teſtatorem hæres inſtituiſſet, impleta cenſetur, ſi eum ſubſtituerit. *l. mulier.* 20. *§. ult. de cond. inſtit.* & inſtitutionis nomine ſubſtirutio ſignificatur in *l. ſi quis.* 25. *ſed ſi mandavit.* 11. *verſ. Idemque de acquir. hæred.* & è converſò ſubſtiruti nomine primo gradu hæres ſcriptus intelligitur in difficillimo alioquin textu, quem mirificè ſic expoſuit Illuſtr. Ramos *in M. S. ad rubr. noſtri tit. n.* 9. *in l. ult. in princ. de leg.* 3. ubi, inſtitutus primo gradu ſubſtitutus vocatur, quia in eum locum, quem filius, qui ibi exhæredatus proponitur, obtineret, ſi exhæredatus non fuiſſet, ſubrogatur, qua explicatione retenta facilis ejus textus ſententia eſt, qui ſummè torſit Cujac. 2. *obſ. cap.* 32. ex D. Retes *ſub* 3. *opuſc. ad libr. ſing. quæſt. ſcæv. in eo textu:* Verbum autem *ſecunda* differentiæ loco eſt; in eo nàmque differt ſubſtitutio ab inſtitutiooe ſpecificè accepta, quod ſpecificè ſumpta inſtitutio primo gradu factam inſtitutionem ſignificat; ſubſtitutio verò eſt ſecundo gradu concepta inſtitutio inſpecto ordine ſuccedendi juxta defuncti voluntatem, qui primo gradu inſtituto ſtatim à mortis tempore hæreditatem voluit deferri; ſubſtituto verò non prius, quàm inſtitutus defecerit. *l.* 2. *§. defertur.* 1. *de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* ut docent ſupra laudati.

2 Sic definitæ ſubſtitutionis ſummam, præcipuamque diviſionem in duas dumtaxat ſpecies fieri debere exiſtimant Donell. *6. com. cap.* 23. Gil. Kenius ad *rubr. C. de impub. & aliis ſubſtit. n. 12. cum ſeqq.* Duaren. ad *noſtr. tit. cap. 1. & 2.* in directam ſcilicet, quæ abſque primo gradu ſcripti hæredis reſtitutione, aut miniſterio ipſo jure, rectaque via defert ſubſtituto hæreditatem, ubi ſubſtitutionis caſus evenerit, & in fideicommiſſariam; ſivè obliquam, quando instituti ſcilicet hæredis fidei committitur, ut hæreditatem alii reſtituat, qui eam ab hærede capit, eique ſubrogatur, & ſubſtituitur, quam diviſionem ex eo firmare nituntur, quod in *l. Centurio.* 15. *h. tit. & in l. poſt aditam 5. C. de impuber. & aliis ſubſtit.* directæ ſubſtitutionis fit mentio, quæ inepta omninò foret, ſi obliqua alia, aut fideicommiſſaria ſubtitutio non eſſet, & quod fideicommiſſariam abſolutè, & ſimpliciter ſubſtitutionem vocant Papin. in *l. Cohæredi.* 91. §. *quod ſi hæredo.* 3. *verſ. Nec aliud h. tit. l. hæredes* 57. §. 1. *& 2. ad Trebell.* & Juſtin. in *l. generaliter* 6. *verſ. quod autem. C. de inſtit. & ſubſtit. junct. l. Cum avus.* 102. *de C. & D.* Verius tamen eſt, quod licet latè ſumpto ſubtitutionis vocabulo pro quacunquo ſubrogatione fideicommiſſum precaria, aut fideicommiſſaria ſubſtitutio proprie dici poſſit, ut in nuper adductis juribus, quæ ſic ſunt intelligenda; ſi tamen ſtrictè, ut in præſenti ſubſtitutionis verbum accipiatur, fideicommiſſum propria ſubſtitutio non eſt, cum etenim ſubſtitutio ſic accepta ſecunda ſit inſtitutio, & fideicommiſſarius tametſi univerſalis propriè nec hæres, nec inſtitutus ſit, imò ab hærede omninò differat. §. *In primis.* 2. *cum ſeq. Inſtit. de fideicomm. hered.* implicat ſanè, quod in ſtricto hoc ſenſu ſubſtitutus fideicommiſſarius diei poſſit, ut docet expreſsè Papin. in *d. l.* 39. §. *hæres inſtitutus.* 3. *de admin. tut.* Rurſus fideicommiſſum, ejuſque teſtitutionem à ſubſtitutione diſtingui, ut rem omninò diverſam, apparet ex *l.* 6. §. Titius. 5. *ad Trebell. l. ult.* §. *Sed quia.* 2. *cum ſeq. comm. de leg.* §. *ult. Inſtit. de pupill.* tenent Anton. Fab. *d. lib.* 15. *cap.* 10. *& de error. dec.* 34. *err.* 2. Schifordeg. 2. *tr.* 2. 9. & 5. *cum pluribus*, Oſſuald 6. *cap.* 23. *lit.* I. Pichard. *in lectur. ad noſtr. tit. cap.* 3. *n.* 9.

3 Melios itaque directa ſubſtitutio, de qua ſola noſtra diſputatio eſt, in communiori ſententia doctrinæ gratia in quinque ſpecies dividitur, ſeu diſtribuitur, vulgarem ſcilicet, pupillarem, exemplarem, ſeu quaſi pupillarem, reciprocam, & compendioſam. Vulgaris illa eſt, quæ in caſum primo hæredi non acquiſitæ hæreditatis confertur, ſeu per quam in eum caſum, quo inſtitutus hæres non ſit, ſubſtitutus vocatur, & ſic dicitur, quia à quocunque teſtatore, & cuicunque primo gradu ſcripto hæredi fieri vulgo poteſt, quemadmodum & vulgares actiones dicuntur, quæ magis receptæ, & ſolemnes ſunt *l.* 1. *& 2. de præſcript. verb.* Hæc autem vulgaris ſubſtitutio originem à lege decemvirali trahit, quæ liberam teſtandi facultatem conceſſit. *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* & introducta præcipuè fuit in teſtamenti ſubſidium, ut eleganter loquitur Marcianus in *l. poteſt.* 36. *h. tit.* id eſt ſi in teſtamento primo dumtaxat gradu hæres inſtituatur, eo hæreditatem repudiante, vel aliter deficiente ex defectu aditionis hæreditatis irritum teſtamentum redditur, & ſucceſſioni ab inteſtato ſit locus, *princ. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* & cum exitum teſtamentum ſortiri non modo publicè intereſſit, ſed & ipſi teſtatori ſit honorificum. *l. Julian.* 92. *de acquir. hæred. l.* 6. *quemadm. teſtam. aper.* ut ampliori teſtamentorum ſecuritati conſuleretur, decemviralis legis poteſtate ſibi conceſſa utentes plures hæredum gradus teſtatores in ultimis elogiis efficere conſueverũt, ut ſi forſan primo gradu ſcriptus hæres aliqua ratione defeciſſet per ſecundo vel ulteriori gradu ſcripri hæredis aditionem poſſent teſtamenta confirmari: vulgaris itaque ſubſtitutio non tam ex amore, quam ex timore teſtatoris proficiſcitur, qui dum primi hæredis repudiationem forſitan propter æs alienum hæreditarium pertimeſcit, alios gradus hæredum facit, ut in eorum aliquo teſtamentario voluntas ſe ſiſtat, nè alioquin inteſtatus decedat. Nec quidem unica fuit vulgaris ſubſtitutionis inducendæ ratio; quod enim contendunt Oſſualdus. *d. lib.* 6. *cap.* 23. *lit. A.* Philipp. Maſin. *ad rubr. C. de impuber. & aliis ſubſt. n.* 64. *cum ſeq.* & noſter Pichard. *ad rubr. Inſtit. de vulg. n.* 78. *& in lectur. ad noſtr. tit. cap.* 1. *n.* 11. inductam eam ſubſtitutionem fuiſſe ad excludendum fiſcum his caſibus, in quibus hæreditas ex perſona inſtituti in eum recaſura erat, tanquam caduca ex legibus Julia, & Papia, ex eo facilè convincitur, quod caducariæ leges, ex quibus caducorum origo profluxit, quingentis circiter annis poſt leges 12. tabul. latæ fuerunt, ſub Octaviano Auguſto, ut conſtat ex Tacito *lib.* 3. *Annal.* Vulgaris igitur ſubſtitutio, quæ ex decemvirali lege originem ſumpſit ad excludenda caduca introducta dici non poteſt. Nec contrarium probat Juſtin in *l. unic. in princ.* verſ. *Sed & ipſo. C. de Caduc.* qui non ſic accipiendus eſt, quaſi dicat introducendæ ſubſtitutionis rationem ex caducorum excluſione pendere, ſed ut aſſerat ſubſtitutiones, quamvis longe ante caducarias leges introductas, poſt illas, & earum occaſione frequentari magis, & uſu introduci cæpiſſe à teſtatoribus, & Juriſconſultis, quorum conſilio teſtamenta plerumque condebantur. *l. Lucius* 88. §. *ult. de leg.* 2. ut ſic ſubſtitutus tanquam ex aperta defuncti voluntate vocatus fiſco præferretur in ea hæreditatis parte, quæ alioquin non facta ſubſtitutione caduca fieret, ut eleganter docet illuſtr. Ramos 4. *ad l. Jul. reliq.* 35. *n.* 29. *cum* 2. *ſeqq.*

Pupillaris ſubſtitutio, de qua poſteà per integrum Commentarium diſſeremus, ea eſt, per quam liberis impuberibus in patria poteſtate exiſtentibus, qui poſt parentis obitum in alterius poteſtatem recaſuri non ſunt, in eum caſum parens ſubſtituit, quo ante pubertatem deceſſerunt. *Exemplaris*, ſeu quaſi pupillaris, quæ ſic appellatur, quia ad exemplum pupillaris fuit introducta, & olim non niſi ſpeciali Principis reſcripto impetrato, hodie autem poſt novam Juſtiniani conſtitutionem communi jure humanitatis ratione ſubnixo poteſt fieri, ea eſt, per quam parentes mente captis, furioſiſve liberis in eum caſum ſubſtituunt, quo in eadem mentis alienatione deceſſerint. *l. ex facto.* 43. in *princ h. tit. l. humanitatis.* 9. *C. de impuber. & aliis ſubſtit.* §. *qua ratione.* 1. *Inſtit. de pupill.* de qua exemplari ſubſtitutione præter Inſtitutionum Interp. in *d.* §. 2. conſulendi erunt Duaren. ad *noſtr. tit. cap.* 6. *&* 15. *cum* 4. *ſeqq.* Petr. Greg. 4

lib. 42. ſyntagm. cap. 24. Spino in ſpeculo teſtam. gloſſa. 25. principali. Anton. Gom. 1. *var. cap.6.* Petr. Barb. in *d. l. 43. h. tit.* Donell. 6. *cap.* 27. *&* ibi plura, & plures congerens Oſſuald. per omnes litteras. *Reciproca* ſubſtitutio eſt, per quam hæredes inſtituti invicem ſubſtituuntur, veluti ſi teſtator poſtquam duos, pluresvè hæredes inſtituerit, ita dixerit, eoſque invicem ſubſtituo; quæ quidem ſubſtitutio reciproca ideò dicitur, quia de perſona ad perſonam reciprocè reflectitur, etſi duobus impuberibus liberis in poteſtate exiſtentibus hæredibus inſtitutis fiat, quatuor continet ſubſtitutiones, duas vulgares, & duas pupillares, quarum ſinguli hæredes invicem ſubſtituti capaces exiſtunt. *l.* 4. §. 1. *h. tit.* ſi verò uterque hæres inſtitutus, aut ex eis unus extraneus fuerit, aut pubes, duas tantum vulgares ſubſtitutiones continet, non pupillarem adhuc in perſona impuberis cohæredis, qui pupillaris ſubſtitutionis eſt capax, nec enim uniformis hæc ſubſtitutio diverſo jure po eſt afficere eas perſonas, inter quas reciprocatur *d. l. 4. §. ſed ſi alter. 2. l. Lucius. 45. h. tit. l. In teſtamento. 6. C. de teſ. mil. l. 2. & 4. C. de impub. & aliis ſubſtit.* quam reciprocæ ſubſtitutionis materiam latè proſequuntur Anton. Gomez *d. 1. var. cap.* 8. *Spino ubi ſup. in gloſſa 26. principali*, & cum pluribus Illuſtr. Ramos *in M. 5. ad noſtr. tit. cap. 2. ex n.* 14. Compendioſa denique ſubſtitutio eſt, quæ verborum compendio plures in unius inſtituti perſona ſubſtitutiones complectitur, veluti ſi parens impuberi filio in poteſtate exiſtenti furioſo, vel mente capto hæredi inſtituto, quandocunque deceſſerit aliquem ſubſtituerit, hæc ſubſtituendi formula pro temporum, & earum diverſitate vulgarem, vel pupillarem continet ſubſtitutionem; ſimiliter ſi miles impuberi filio quandocunque deceſſerit, aliquem ſubſtituerit, eo intra pubertatem decedente ut pupillaris, poſt pubertatem mortuo, ut militaris directa ex militari privilegio ſubſtitutio valebit. *l. Centurio. 15. h. tit. l. precibus. 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* junctis quæ tradunt Ant. Gom. ubi *ſup. cap.* 7. *&* Petr. Barb. *ad rubr. noſtri tit. n. 93. cum 2. ſeqq.*

5 Sed licet hæc in quinque ſpecies ſubſtitutionis diviſio clarioris explicationis gratia poſſit ſuſtineri, ſi tamen juris rationem attendamus, quatuor dumtaxat ſunt ſubſtitutionis ſpecies, vulgaris ſcilicet, pupillaris, exemplaris, & militaris, quæ in teſtamento militari jure confecto filio puberi, vel extraneo hæredi inſtituto in caſum acquiſitæ hæreditatis, & mortis in his bonis poteſt fieri, quæ ab ipſo milite teſtatore ad hæredem inſtitutum pervenerunt. *l. milites. 5. de teſtam. milit.* reciproca autem, & compendioſa non ſunt ſpecies ſubſtitutionis re, & ſubſtantia diverſæ à quatuor, quas propoſuimus, ſed diverſæ formulæ, & verborum conceptiones, quæ illas ipſas ſubſtitutiones vulgarem, pupillarem, exemplarem, aut militarem continent, & ad eas referuntur, ut in exemplis reciprocæ, & compendioſæ ſubſtitutionis *antec. num.* adductis apparet, ſunt itaque ſolum diverſi ſubſtituendi modi, ſeu diverſæ ſubſtitutionum adjectiones, ut notant Interp. in §. *actiones autem de peculio. 11. inſtit. de act. & in princ. inſtit. de noxal. act.* Nec tunc obſtat, quod apud Modeſtinum in *d. l. 4. §. 1. h. tit.* reciproca ſubſtitutio tertium ſubſtitutionum genus appellatur; nam facilè reſpondetur in eo textu, *generis* verbum propriè, & rigoroſè accipi non debere, ut vel ex eo conſtat, quod etſi reciproca ſubſtitutio à vulgari, & pupillari omninò differret, non ideò tertium genus, ſed tertiam potius ſubſtitutionis ſpeciem conſtitueret, ſed accipiendum potius eſſe pro modo, qualitate, aut forma concipiendæ ſubſtitutionis, prout & in eodem ſenſu pro modo genus accipitur in *l. Thaiſ. 41. §. ſtichum. 11. de fideicom. libert. & in l. enim qui 23. de uſucap. & in vulgari illo Virgilii carmine: quod genus hoc hominum*, &c. docent præter congeſtos ab Oſſualdo. *6. cap. 23. lit. M. & O. Duar. ad noſtrum tit. cap.* 8. *&* Petr. Barb. *in d. l. Centurio 15. h. t. n. 116.*

Generalibus jam ſubſtitutionum principiis quaſi per indicem prælibatis, nobiliorem earum ſpeciem, pupillarem ſcilicet ſubſtitutionem exponendam aggredior. Pupillaris itaque ſubſtitutio, per quam parentes liberis impuberibus in poteſtate exiſtentibus, & qui poſt eorum mortem in alterius poteſtatem recaſuri non ſunt, in eum caſum ſubſtituunt, qui intra pubertatem deceſſerunt, Populi Romani moribus introducta eſt *l. 2. in princ. h. tit. proprio inſtit. hoc tit. in fine de pupill.* Et quidem contra ſtrictam juris rationem, qua inſpecta patrifam. de propriis dumtaxat facultatibus, non etiam de alienis teſtari permittitur. *l. conficiuntur. 8. §. ſi poſt factum. 3. de jure Codicill. l. ſæpè. 53. de verb. ſign. cum ſimilib.* Pater autem dum filio pupillariter ſubſtituit de facultatibus, quæ filio ſui juris effecto obvenerint, teſtatur, nec de ſuis, ſed de impuberis bonis diſponit, ut aſſerit Ulp. in *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. 5. h. tit.* Accedit, quod pupillaris ſubſtitutio, quæ impuberis teſtamentum eſt. *l. Papin. 8. §. Sed nec impuberis. 5. de inoffic. teſtam.* ex quo ipſi filio, non patri ſubſtitutus hæres exiſtit. *d. princ. inſtit. verſ. ſi vero extiterit de pupillar.* ex parentis judicio proficiſcitur, quod diverſum omnino à filii judicio eſt. *l. ſi ſtipulatus 76. in princ. l. ult. in princ. de verb. oblig.* expeditum verò eſt, teſtamentorum jura ex propriæ voluntatis ſententia, non ex alieno arbitrio pendere oportere, *l. 1. qui teſtam. facere poſſ. l. illa inſtitutio. 32. de hæred. inſtit.* ſed licet ſtricti juris ratio pupillari ſubſtitutioni reſiſteret, ex Juris Conſultorum ſententia, quæ per fori diſpoſitionem conſenſu recepta in mores poſteà pertranſiit, parentibus permiſſum fuit impuberibus liberis pupillariter ſuſtituere ex ea utilitatis ratione; quia cum honorificum valde ſit teſtamentum hæredem habere *d. l. 42. de acq. hæred.* & filius quamvis morte patris ſui juris effectus propter pupillarem ætatem teſtari poſſet, ut ſic filius in pupillari ætate decedens ſaltem ex paterna providentia teſtamentarium hæredem relinquat: eo etiam prætextu pupillaris ſubſtitutio fuit recepta, quod cum his dumtaxat liberis, qui in poteſtate exiſtunt, poſſit fieri identitatis fictio, quæ ex patria poteſtate reſultat. *l. ne cum filio. 16. de furtis cum vulg.* quodam modo efficit, ut perinde teſtamentum conſiſtat, ac ſi ab ipſi filio confectum fuiſſet. §. *Igitur. 2. Inſtit. de pupill. tradunt.* Coſta in *cap. ſi pater de teſtam. lib. 6. 1. parte verbo habens n. 2.* Duaren. ad *n. tit. cap. 12.* Oſſuald. *6. cap. 25. lit. A.* & plures, quos refert Caſtillo *controverſ. 2. cap. 14. n. 2.*

Ex contrario tamen pupillarem ſubſtitutionem 7

Digitized by Google

non ſolum propter pupillorum utilitatem, ſed ſtricto, ſummoque jure receptam, & introductam fuiſſe exiſtimant Petr. Barb. in *d. l. 2. h. tit. n. 6. cum ſeqq.* Philipp. Maſtrius in *d. l. 9. C. de impuber. & aliis ſubſtit. n. 59.* Oroz. 2. *de apicib. cap. 4. n. 5.* & alii plures, quos refert, & ſequitur Caſtillo *d. lib. 2. comment. cap. 14. n. 4.* moventur ex eo, quod inter patrem, & filium fam. identitatis vertitur fictio: ergo ſtricto etiam jure inſpecto pater pro filio teſtari poterit, & perinde habebitur teſtamentum, ac ſi à filio fuiſſet ordinatum. Rurſus lex. 12. *tab.* patrifam. de pecunia, tutelavè ſuæ rei teſtari permittit *d. l. 120. de verb. ſign.* ſed filius dum in patris facris exiſtit res patris & in ejus bonis eſſe judicatur, adeo ut ex quiritio jure poſſit à patre vindicari, *l. 1. §. per hanc. 2. de rei vindic.* ergo pater, qui poteſt de filii ipſius perſona diſponere, majori ratione poterit ſummo etiam jure de pupilli bonis per pupillarem ſubſtitutionem diſponere. Ulterius *l. 12. tabul.* parentibus permiſſum eſt liberis impuberibus, quos in poteſtate habent teſtamento tutores dare *d. l. 120. de verb. ſign. l. 1. in princ. de teſtam. tut.* ſeu tutelam jure patriæ poteſtatis mandare, ut eleganter aiebat Papin. *in l. impuberi. 40. de admin. tutor.* juncto pro ejus expoſitione Ant. Fabro *in Papin. tit. 13. de tutelis pr. 1. circa finem*: ergo pater, qui de filii tutela, tanquam de re ſua diſponere poteſt, ex eadem *l. 12. tabul.* pupillariter filio poterit ſubſtituere, & de ejus facultatibus teſtari. In eandem etiam ſententiam inclinare Papin. videtur in *d. l. Centurio 15. h. tit.* dum aſſerit, quod ſi miles impuberi filio ſi intra 25. ætatis annum ſine liberis deceſſerit, directò aliquem ſubſtituerit, ſiquidem filius ante pubertatem deceſſerit, omnia ejus bona communi jure ad ſubſtitutum perveniunt; quia compendioſa illa ſubſtitutio filio ante pubertatem mortuo, ut pupillaris ſubſiſtit: ergo ſentit pupillarem ſubſtitutionem non ſola utilitatis ratione, ſed communi, ſeu ſtricto, ſummoque Jure ſubniti. Denique & Papin. conſentire Juſtinianus videtur in *d. l. 9. C. de impuber. & aliis ſubſt.* ubi exemplarem ſubſtitutionem ut potè quæ non ex Jure patriæ poteſtatis proficiſcitur, ſed à quocunque parente & filio etiam emancipato poteſt fieri humanitatis ratione receptam, & introductam ſcribit, non obſcurè indicans, pupillarem ſubſtitutionem, ut potè quæ ex contrario patriam poteſtatem deſiderat, ex ſtricto, ſummoque jure deſcendere.

8 Verum adhuc in priori ſententia perſiſtimus, cui hæc fundamenta non obſtant, quod etenim inter patrem, & filium fam. fictio identitatis verſetur, non evincit ſtricto etiam jure pro filio teſtari patrem poſſe, qua fictio illa ut potè jure civili inducta ad ea, quæ ſunt facti, pertinere non poteſt ex vulg. reg. textus *in l. In bello 12. §. facti. 2. de captiv.* ac proinde nec efficere, ut parentis judicium à filii judicio diverſum non ſit *d. l. 76. d. l. ult. de verb. oblig.* & cum teſtamentum debeat ex propriæ voluntatis ſententia, non ex alieno arbitrio pendere, adhuc ſtante identitatis fictione non ſtricto, ſummoque jure, ſed propter pupillorum utilitatem pupillaris ſubſtitutio fuit recepta. Nec quod filius fam. res Patris, & in ejus bonis eſſe quodam modo judicetur, & ab ipſo poſſit ex jure quiritio vindicari, probat ſtricto etiam jure patrem de pupilli bonis poſſe per pupillarem ſubſtitutionem diſponere; nam patriæ poteſtatis, & identitatis perſonarum fictio olim quidem efficiebat, ut ferè quidquid filius patri acquiſiiſſet, parenti acquireretur, & libera ei competeret acquiſitio *l. placet. 79. de acq. hæred. §. 1. inſtit. per quas perſon. nob. acq.* pupillariter verò ſubſtituendi facultatem inducere non poterat, cum pupillaris ſubſtitutionis vis, & efficacia in id tempus conferatur, quo filius morte patris ſui juris effectus, poſtquam paternam hæreditatem, vel alia forſan bona ſibi acquiſierit, ante pubertatem deceſſerit, & ea ratione hæc ſubſtitutio quamvis inſpecto ordinationis tempore, impuberum aliquando dicatur, ut in rubr. *C. de impuber. & aliis ſubſtit.* exitu tamen attento, & temporis, in quod confertur, habita ratione pupillaris frequentius appellatur, quia pupillus, is propriè dicitur, qui ante pubertatem morte patris ſui juris effectus eſt. *l. pupillus. 239. de verb. ſignif.* ut notavit Oſuald. *6. comm. cap. 25. lit. C. & D.* & pater licet de bonis ſibi per filium fam. acquiſitis libere diſponere potuiſſet, de his tamen quæ ipſe filius ſui juris ſibi eſſet acquiſiturus ſtricto jure diſponendi facultatem obtinere non potuit.

Nec tunc exemplum teſtamentariæ tutelæ re- 9
fragatur, quod tamen ſi ex bona fide cenſendum eſt, fortiſſimum contrariæ opinionis eſt fulcrum, & à noſtræ ſententiæ Authoribus alto ſilentio prætermiſſum. Cui ut reſpondeam, & genuinam ſimul, nec inventam hactenus, imò nec quæſitam illius diſcriminis ex propria obſervatione rationem aſſignem, cur ſcilicet cum teſtamentaria tutela ex communi jure *l. 12. tab.* deſcendat, pupillaris tamen ſubſtitutionis origo non ex eadem lege, ſed ex Juriſconſultorum ſententia, quæ in mores poſteà populi Romani pertranſiit, tandem recepta, introductaque fuerit, cum tamen teſtamentariæ tutelæ non minus quam pupillaris ſubſtitutionis vis, & efficacia in id tempus excurrat, quo filius ante pubertatem morte patris ſui juris factus inveniatur? Dicendum exiſtimo, quod teſtamentaria tutela licet ex ipſa *lege* 12. tab. deſcendat, non tamen ſtricti juris ratione ſubnititur, ſed propter pupillorum utilitatem fuit introducta, in id ſcilicet tempus confertur, quo filius morte patris ſui juris efficitur; ſtricti autem juris ratio non patitur, ut pater in id tempus quo filius ſui juris futurus eſt, de ejus perſona diſponat, pupillorum autem utilitas extorſit, ut quamvis patria poteſtas morte extinguatur, patri tamen liceat impuberi filio teſtamento tutorem dare, cujus conſilio filius regatur, donec ad pubertatem perveniat, idque nominatim ipſa *lege* 12. tab. permiſſum eſt, quæ tutoriam poteſtatem, veluti quandam patriæ poteſtatis imaginem eſſe animadvertens, & de parentum erga liberos affectione, & maturo judicio juſtè confidens, eis tutorem conſtituendi facultatem indulſit. Nec ſanè implicat, quod tutela teſtamentaria ex *l. 12.* tab. oriatur, & quod contra ſtricti juris rationem propter pupillorum utilitatem fuit introducta; nam & videmus teſtamenti faciendi poteſtatem ex eadem lege derivari, & tamen contra ſtricti juris regulas in fati ſolatium receptam, permiſſamque fuiſſe in veriori ſententia, quam tenet Ant. Fab. *in Papin. tit. 2. princ. 4. illat.* 1. Sed dices: ſi teſtamentaria tutela contra ſtricti juris rationem

fuit propter pupillorum utilitatem à lege decemvirali permiſta, cur pupillaris ſubſtinitio propter eandem utilitatis rationem introducta ab eadem lege non fuit? Reſponſio duplici forſan ratione moveri legem potuiſſe, ut tutores dandi non etiam pupillariter ſubſtituendi parentibus poteſtatem tribueret. 1. Quia pupillus tutore omninò indiget; cujus tutela regatur, non pupillari ſubſtituto, quem habere honorificum quidem eſt, non neceſſarium. 2. Quia ex eo quod lex paterna de providentia confidens parentibus teſtamento tutores dare permiſiſſet, nulli præjudicium irrogabat, imò proximiores pupilli agnatos à tutelæ incommodo eximebat; at ex contrario ex eo quod parentibus pupillariter ſubſtituere permitteret, proximioribus pupilli agnatis ſucceſſionis legitimæ jacturam inferebat. Hinc lex ut urgentiori neceſſitati ſine cujuſquam diſpendio provideret tutores dandi, non etiam pupillariter ſubſtituendi parentibus poteſtatem permiſit; poſtea verò ex Juris conſultorum ſententia, & populi Romani moribus, ut non modo neceſſitati, ſed & pupillorum utilitati, plenioriqu honori provideretur, fallibilis, & incertæ agnatorum ſucceſſionis ratione poſt habita, pupillaris ſubſtitutio ad inſtar teſtamentariæ tutelæ fuit recepta.

10 Sed nec magis nobis obſiſtit Papin. in *d. l. 15. h. tit.* ſtat namque optimè pupillarem ſubſtitutionem omnia pupilli bona communi jure capere, & tamen pupillarem ſubſtitutionem adverſus jus ſtrictum propter ſolam utilitatis rationem fuiſſe receptam; inductum etenim ſemel & receptum quamvis contra ſtricti juris rationem pupillaris ſubſtitutionis jus commune rectè appellatur, quatenus parentibus omnibus impuberes liberos habentibus in poteſtate competit. Accedit, quod commune jus, quo ſubſtitutum univerſa bona capere, ſi pupillus intra pupertatem deceſſerit, Papin. ſcribit, militari privilegio opponitur, ex quo ſi filius pubes jam factus deceſſerit ad paterna dumtaxat bona admitti ſubſtitutum affirmat; profectò autem pupillaris ſubſtitutionis jus quamvis ſola utilitatis ratione receptum, ſiquidem cum militari privilegio puberi etiam filio, aut extraneo directo ſubſtituendi conferatur, commune quàm optimè dicitur, ſicuti & paganicum teſtamentum licet contra ſtricti juris regulas ex legis permiſſione profluxerit, quoties teſtamento militari jure confecto opponitur, jure communi dicitur ordinatum in *l. militis. 36. §. veteranus cum ſeq. de teſtam. milit.* imò & ſi cum militari teſtam. non conferatur, communi jure confectum appellatur in *§. ult. inſt. de milit. teſtam.* eodem ſcilicet ſenſu, quo pupillaris ſubſtitutionis jus, etſi cum militari ſubſtitutione non conferatur, commune appellari poſſe jam diximus. Denique nec noſtræ ſententiæ Juſtin. opponitur in *d. l. 9. C. de impuber. & aliis ſubſtit.* ubi dum exemplarem, ſeu quaſi pupillarem ſubſtitutionem humanitatis ratione receptam, & introductam ſcribit, non ideò ſentit pupillarem ex contrario ſubſtitutionem ex ſtricto, ſummoque jure deſcendere. imò & hæc Juſtiniani ſententia inferri, nec improbabiliter forſan poſſet, quod cum exemplaris ſubſtitutio ex humanitate fuerit recepta, pupillaris ſimiliter inſtitutio, ad cujus exemplum: fuit exemplaris inducta, humanitatis etiam, ſeu utilitatis ratione ſubnititur. Vel dici etiam poterit, quod cum humanitatis ratio in exemplari longe magis, quàm in pupillari ſubſtitutione in eo eluceat, & dignoſcatur, quod exemplaris patriæ poteſtatis jure inſuper habito à quocunque parente, & emancipato etiam filio fieri poteſt, ad pupillaris diſcrimen cujus unica inducenda ratio, pupillorum videlicet utilitas patriæ poteſtatis jure, & perſonarum identitatis fictione velatur, & cohoneſtatur, potiori ratione ex humanitate inducta exemplaris, quæ pupillaris dicitur ſubſtitutio, quamvis utraque contra ſtrictam juris rationem fuerit propter utilitatem recepta.

11 Pupillaris ſubſtitutionis origine jam expoſita, de ejus natura ſuccedit diſputatio, circa quam illud non immetito quæritur, utrùm ſcilicet pupillaris hæc ſubſtitutio vera, & propria ſit ſubſtitutionis ſpecies? Et nonnulli veram, propriamque ſubſtitutionis ſpeciem non eſſe arbitrantur, quia ſubſtitutio omnis ſecunda inſtitutio, vel ſecundi hæredis debet eſſe inſti urio; ſed pupillaris ſubſtitutio ſecunda inſtitutio, aut ſecundi hæredes inſtitutio non eſt: ergo nec propria eſt ſubſtitutionis ſpecies. Minor probatur Pupillaris ſubſtitutio pupilli teſtamentum eſt, & pupillaris ſubſtitutus pupillo ipſi primus, & immediatus hæres exiſtit, & quod ad paternam etiam hæreditatem aliquando admittatur ex eo provenit, quod paterna hæreditas pupilli hæreditati juncta eſſe cæperit *d. l. 10. §. filio. 2. hoc tit.* ergo nec ſecunda inſtitutio, nec ſecundi hæredis eſt inſtitutio, ac proinde nec vera ſubſtitutionis ſpecies; tum etiam quia pupillis etiam exhæredatis parentes pupillariter poſſunt ſubſtituere, *l. 1. §. ſubſtituere. 2. hoc tit. §. non ſolum 4. inſtit. de pupill. cum ſimilibus*, ſed exhæredato pupillo ſubſtitutus primus, non ſecundus hæres omni ſenſu eſt, nec in alterius locum ſubrogatus dici poteſt: pupillaris igitur ſubſtitutio vera, & propria ſubſtitutionis ſpecies non eſt; veriorem tamen exiſtimo ſententiam aſſerentium pupillarem ſubſtitutionem, veram, & propriam eſſe ſubſtitutionis ſpeciem, quam ut fundem, & breviter ſimul contrariæ opinionis fundamentis ſatisfaciam, conſtituo quod pupillaris ſubſtitutio, ſivè inſtituto, ſivè exhæredato filio facta ſecunda inſtitutio eſt, ſeu ſecundus gradus, prout vocatur in *l. cum quidam 4. C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſtit. arg. l. quo gradus. 13. hoc tit.* ſicuti eſt pupillaris ſubſtitutus ſecundus hæres appellatus in ſingulari textu in *l. ſiquidem à filio 32. de leg. 1.* quia licet duæ, & diverſæ ſint hæreditates patris, & filii, pupillare tamen, & paternum teſtamentum quatenus ex unico judicio patris conſiſtunt, ex quo formam capiunt, & originem, pro uno teſtamento habentur, & pupillaris ſubſtitutio pars quædam, & ſequela paterni teſtamenti eſſe dicitur *l. 2. §. illud 2. de hæred. vel act. vend. l. 2. §. ſi prius. 4. l. patris. 20. l. qui plures 38. §. ult. hoc tit.* ex unico hoc autem teſtamento prius patris hæreditatem non ſolum deferri, ſed etiam adiri oportet, quam pupilli hæreditas deferatur *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* & ſic evidenter conſtat inſtitutionem hæredis, & delationem paternæ hæreditatis priorem eſſe debere inſtitutione hæredis pupilli, & delatione hæreditatis ejuſdem, & conſequenter inſpecto ſucceſſionis, & delationis ordine ex eodem teſtamento, quamvis circa diverſas hæreditates, ſubſtitutionem pupillarem ſive inſtituto,

ſivè

Digitized by Google

ſivè exhæredato pupillo factam ſecundam eſſe inſtitutionem argumento textus *in d. l. 2. §. ſed ſi ita ſcripſerit 6. in fine hoc tit.* cum ſemper paterni hæredis præcedat inſtitutio, in cujus locum quodam modo pupillaris ſubſtitutus ſubrogatur, ut inſinuare Modeſtinus videtur in *d. l. 1. §. ult. hoc tit.* qui cum in princ. textus dixiſſet, hæredes inſtitutos eſſe, qui primo gradu ſcribuntur, ſubſtitutos autem qui ſecundo & in §. 2. aſſeruiſſet tam exhæredatis, quàm inſtitutis pupillis poſſe pupillariter ſubſtitui, ut objectioni, quæ ex eo poſſet deſumi; quod pupillaris ſubſtitutio ſecunda non videtur eſſe inſtitutio tacitè reſponderet, adjecit in §. *ult.* pupillariter ſubſtituere liberis patrem non aliter poſſe, quam ſi hæredem ſibi inſtitueret, hoc ipſo indicare volens, quod cum paterni hæredis inſtitutio, & paternæ hæreditatis delatio præcedere ſemper debeant, pupillaris ſubſtitutio indiſtinctè ſecunda inſtitutio eſt, & ſic vera, & propria ſubſtitutionis ſpecies, docent Petr. Barb. *ad rubr. noſtri tit. n. 42. cum 2. ſeqq.* Schifordeg. *lib. 2. ad Ant. Fabr. tract. 6. quæſt. 2.* & Pichard *tract. 6. q. 2. in lectione ad noſtrum tit. cap. 2. n. 15. cum 2. ſeqq.*

12 Sed ut plenius pupillaris ſubſtitutionis natura dignoſcatur, ejus prius ſpecies, & formulas exponere duxi; & quidem duæ ſunt pupillaris ſubſtitutionis ſpecies, alia ſcilicet expreſſa alia verò tacita. Pupillaris expreſſa ſubſtitutio dicitur, quæ ex expreſſo parentis judicio proficiſcitur, & vel nominatim, vel ſpecialiter, vel generaliter concipitur, nominatim, & ſpecialiter concepta dicitur ſubſtitutio; quoties parens adjecto nomine; aut ſigno aliquo indubitabili appoſito certam pupillaris ſubſtituti perſonam deſignat, cujus ſpecialiter conceptæ ſubſtitutionis perplures formulæ apud juris Autores inveniuntur. 1. hæc eſt. *Si filius hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius eidem filio hæres eſto. d. §. non ſolum. 4. inſt. de pupill. 2. ſi filius, hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius hæres eſto prin. inſt. verſ. veluti eodem tit. 3. Titius impuberi filio hæres eſto. arg. text. in l. 3. & in l. qui libertis. 8. §. 1. h. tit. 4. ſi filius intra pupillarem ſtatum deceſſerit. titius hæres eſto leg. 2. §. ſed & ſi quis 5. de leg. 8. in 1. verſ. purè. l. ſi ita quis & leg. qui plures 38. §. 1. leg. qui habebat. 47. h. tit. leg. paterfam. 28. de reb. auth. Jud. poſſid.* in his ſanè omnibus formulis, & ſimilibus, quas effingere facillimum erit pupillaris expreſſa ſubſtitutio continetur, cum in eis parens non ſibi, ſed impuberi filio hæredem ſubſtituat. Cæterum ſi ſic teſtator dixerit, ſi *filius hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius mihi hæres eſto*, ut apud Modeſtinum in *leg. 1. §. 1. hoc. tit. Ciceronem lib. 2. de inventione*, & Juſtinianum *in leg. cum quidam 12. de impuber. & aliis, ſub.* dicendum videbatur inutiliter conceptam pupillarem ſubſtitutionem, cum pater non filio, ſed ſibi hæredem ſubſtituerit, quod repugnat omninò pupillaris ſubſtitutionis naturæ. Verius tamen eſt perinde ſub præfata formula conceptam pupillarem ſubſtitutionem conſiſtere, ac ſi Verbum illud *mihi* adjectum non fuiſſet. *leg. Cohæredi. 41. §. ult. hoc. tit. leg. ſi ita ſcriptum 8. §. 1. de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* Cujus rei elegantem illam rationem præſtat Papin in *d. leg. 41. §. ult.* pater qui præfata formula uſus pupillarem ſubſtitutum hæredem ſibi eſſe jubet, in bonis ſuis pupillo hæredem ſubſtituit, perinde ac ſi ita dixiſſet, ſi filius hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius in bonis meis hæres eſto, ut probat elegans ad rem *tex. in leg. ult. C. de hæred. inſtit.* ubi ſi is qui Titio hæres extiterat, teſtamento ita ſcripſerit, *Sempronius Titii hæres eſto*, perinde habetur ac ſi in Titii bonis, ſeu hæreditate Sempronium ſibi hæredem inſtituiſſet: in ſuperiori itaque formula ad paternam dumtaxat hæreditatem pupillaris ſubſtitutus vocatur, quæ cum pupilli patrimonio ſemel confuſa rei certæ vicem obtinet in ejus hæreditate argum. text. *in leg. cogi. 16. §. ſed & ſimiles 6. verſ. & quamvis placeat ad Trebell.* ſed pupillaris ſubſtitutio facta ex re certa, detracta rei certæ mentione, propter ultimæ voluntatis favorem ad univerſam hæreditatem protrahitur ex vulg. reg. text. *in leg. 1. §. ſed ſi ex fundo. 1. de hæred. inſti t. leg. quoties. 13. C. eodem tit.* ergo & ſuperiori formula concepta ſubſtitutio tanquam ex paternis bonis, & ſic ex certis rebus facta, paternorum bonorum quaſi certarum rerum mentione detracta debet ad univerſam pupilli hæreditatem extendi, & licet, ſi ſcripturam ipſam, & verborum ſeriem intueamur, cum vitio facta eſſe videatur, in effectu tamen, quia bonorum patris, quaſi rei certæ mentio detrahitur, ſine ullo prorſus vitio facta judicatur, ut loquitur Papinianus in *d. leg. 41. §. ult.* quem ſic ſubtiliter acceperunt Cujacius *lib. 6. reſponſ. ejuſdem in eo text.* Coſta *in cap. ſi pater de teſtam. lib. 6. tert. part. verb. pupillares. num. 2.* Pichard. *in lectur. ad noſtrum tit. cap. 4. ex num. 72.*

Huic tamen ſic explicatæ Papiniani rationi 13
opponi videtur text. in *leg. Paterfam. 46. hoc tit. ubi* pater qui primis tabulis filium poſthumum hæredem inſtituit, in ſecundis ſibi, vel filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet Gaium ſeium fratrem ſuum ſubſtituit, deinde Titium Gaio [obſervandum obiter eſt, etiam pupillari ſubſtituto vulgariter poſſe ſubſtitui, ut ex hujus textus ſerie colligitur, in qua Gaio Seio pupillariter ſubſtituto Titius proponitur ſubſtitutus, qui quidem & vulgariter, & pupillariter ſimul ſubſtitutus eſt, cum in eum caſum ſit ſubſtitutus, quo pupillus intra pubertatem deceſſerit, nec ei Gaius Seius hæres extiterit] & poſteà ſic ſcripſit, ſi Gaius Sejus frater meus 1. loco ſubſtitutus hæres mihi erit, tunc Titio hæreditatem reſtituat. Et cum filius patri hæres extitiſſet, ejuſque ante pubertatem mortui hæreditatem Gaius Sejus ex cauſa pupillaris ſubſtitutionis acquiſiiſſet, quærebatur an Titio hæreditatem reſtituere cogendus eſſet? Dubitandi ratio in eo ſtabat, quod ita relictum fideicommiſſum fuerat, ſi Gaius Sejus teſtatori hæres extitiſſet; qui tamen non teſtatori, ſed pupillo intra pubertatem mortuo hæres extitit. Reſpondit tamen Paulus Gaium Sejum, qui impuberi filio hæres extitit, teneri omnino fideicommiſſum reſtituere, nec adverſari verba illa *ſi hæres mihi erit*, cum verum ſit Gaium Seium, qui pupillo hæres extitit, teſtatori etiam hæredem extitiſſe, cum paternam hæreditatem cum pupilli hæreditate conjunctam acquiſierit, & hæres hæredis teſtatoris etiam hæres eſſe dicatur *leg. 3. de hæredit. petit. leg. ſi quis §. ult. de acq. hæred. d. leg. ult. C. de hæred. inſtit.* Tunc ſic. En ubi conditio illa fideicommiſſo appoſita ſi ſubſtitutus teſtatori hæres extitiſſet, omnino adimplenda dicitur,

ex eo quod ſubſtitutus impuberi ſuccedens in ejus hæreditate paternam ſimul hæreditatem invenerit: ergo & ſuperiori formula concepta pupillaris ſubſtitutio etiam bonorum patris mentione non detracta deberet exiſtere, cum verum ſit pupillarem ſubſtitutum patri etiam per mediam impuberis perſonam hæredem exiſtere,

14 Cui difficultati, omiſſis, quæ tradont Interp. *num.* 12. laudati, ut reſpondeam, ſuppono *in d. leg.* 36. patrem filio poſthumo vulgariter ſimul, & pupillariter expreſſè ſubſtituiſſe, ut conſtat tum ex eo, quod initio refert Paulus teſtatorem ſibi, id eſt vulgariter, vel filio ſi intra pubertatem deceſſiſſet, id eſt, pupillariter, ſubſtituiſſe; tum ex eo, quod in inferioris textus parte aſſerit defuncti fratrem utrumque in caſum fuiſſe ſubstitutum, acquiſitæ ſcilicet, aut noo acquiſitæ hæreditatis; Unde in ejus ſerie, pupillaris ſubſtitutio conſiſtit, quin alicujus dictionis detractione opus ſit. Qua ſuppoſitione facta; multum intereſſe exiſtimo inter conditionem adjectam fideicommiſſo in *d. leg.* 26. *& inter* formulam illam, qua concepta pupillaris refertur ſubstitutio in *d. leg.* 41. §. *ult. hoc. tit.* eum ſimilibus, conditio enim illa fideicommiſſo appoſita in *d. leg.* 46. Si ſubstitutus reſtatoris hæres extitiſſet, æquè exiſtit, ſi ſubstitutus patri ſolum, hæres extiterit, ac ſi impuberi, ex co quod impuberi ſuccedens paternam ſimul hæreditatem acquiſierit; tum propter antiquam juris regulam, quæ habet, quod hæres hæredis etiam testatoris eſt hæres *d. l. ult. C. de hæred. inſtit.* tum etiam propter defuncti judicium, qui cum fratri ſuo Vulgari, & pupillari ſimul ſubstituto Titium vulgariter etiam, & pupillariter ſimul ſubſtituiſſet, & in caſum quo frater ſuus ex vulgaris ſubstitutionis cauſa ſuam dumtaxat hæreditatem acquiſiiſſet, eidem Titio fideicommiſſum reliquiſſet, fortiori utique ratiooe voluiſſe credendum eſt; ut in eum caſum quo frater ſuus impuberi ex pupillari ſubſtitutione ſuccedens utramque ſimul hæreditatem acquireret, eidem Titio fideicommiſſum preſtaret, quia cum onus fideicommiſſi juxta compendii modum eſtimatur. *leg. Imperator.* 70. §. 1. *de leg.* 2. *cum ſimilib.* ſubſtitutus, qui in eum caſum, quo paternam ſolum hæreditatem, & ſic minus compendium adquiſierit; fideicommiſſo oneratur, majori ratione in caſum quo utramque ſimul hæreditatem, paternam ſcilicet, & pupillarem, & ſic majus compendium adquiſierit, fideicommiſſo oneratus eſt cenſendus: cum itaque revera conditio extiterit, omninò fideicommiſſum debetur, quin dictionem illam *mihi* conditioni appoſitam detrahere opus ſit; ex contrario autem formula illa. de qua in d. *d. l.* 42. §. *ult. hoc. tit. cum ſimilib.* pupillaris concepta ſubſtitutio ſubſiſtere non aliter poſſet, quam dictione illa *mihi*, ſeu quod idem eſt bonotum patris mentione detracta, nè alioquin pupillus contra volgarem juris regulam partim teſtatus, & partim inteſtatus decederet. Quæ quidem doctrina in pupillari ſubſtitutione inſtituto filio facta ſine dubio procedit; an autem exhæredato filio ſuperiori illa formula facta ſubſtitutio utilis ſit? inter Interpretes controverſum eſt: Negant Goſredus in *d. leg.* 8. *de bon. poſſeſſ. ſec. tab. circa finem*; & Coſta *in cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. *tertia p. verbo pupillaris n.* 3. Affirmat, & rectius cum aliis Pichard. *in d.* §. 4. *Inſtit. de pupillari ex num.* 8. quæ ſententia præter quam quod propter generalem ultimæ voluntatis favorem, & ſpecialem pupillorum utilitatem poteſt defendi, ſuadetur etiam ex *d. leg.* 8. §. 1. & confirmatur à ſimili ex *leg. hæreditas* 34. *de hæred. inſt. leg.* 1. *de cond. inſtit. cum ſimilibus.*

In expoſitis hoeusqoe formulis expreſſa, & ſpecificè concepta pupillaris continetur ſubſtitutio, ſivè pupillum, ſivè pupillarem ejus ſubſtitutum attendamus, eum utriuſque perſona ſpecialiter demonſtretur. Aliquando verò coontingit, ut licet pupillaris ſubſtituti perſona ſpecialiter, & certitudine omnimoda deſignetur, pupilli tamen perſona non ex præſenti, ſed ex futuro aliquo eventu demonſtretur. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, quod ei, qui impuberes plures liberos in poteſtate habet, liberum arbitrium eſt; vel nulli, vel omnibus, vel quibuſdam pupillariter ſubſtituendi *leg. què plures* 38. *princ. hoc tit.* & ſingulis liberis, qui pupillariter ſubſtituit, id agit, ut ex eis nullus inteſtatus decedat, imò ſinguli teſtamentarium hæredem relinquant. *leg. vel ſingulis* 37. *hoc tit.* §. *vel ſingulis.* 6. *Inſtit. de pupill.* qui verò quibuſdam dumtaxat ſubſtituit, alios inteſtatos decedere vult. Poſſunt etiam, & frequenter ſolent parentes noviſſimo impuberi decedenti ſubſtituere hac: vel alia ſimili formula: *Ex filiis meis ei, qui ſupremus ante pubertatem deceſſerit, Titius hæres eſto.* Sic autem concepta ſubſtitutio pupillaris quidem eſt tanquam in ſecundum caſum acquiſitæ hæreditatis facta; quia tamen aſſidua, valdè ſolemnis, & communiſſima parentibus erat, vulgaris appellatur in difficili alioquin text. in *leg. in vulgari.* 162. *de verb. ſignif.* ubi docent Cujac. & Gentilis, & ferè conſentiunt Coſta in *cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. 1. *part. verbo ac deinde filio num.* 19. *cum.* 2. *ſeqq. &* Petr. Barb. *in leg.* 1, *hoc tit. num.* 38. Specialiter, etiam concepta dici poteſt, ſi ſubſtituti perſonam inſpiciamus, noo ſi pupillum intueamur, cujus perſona non ex præſenti, ſed ex futuro eventu deſignatur, cum ei ſolum, qui noviſſimus, impubes deceſſerit, parens ſubſtituerit, qui hoc ipſo jus legitimarum hæreditatum integrum inter fratres cuſtodiri voluit, *d. leg.* 34. *hoc. tit. d.* §. 6. *Inſt. de pupill.* Nam cum cæteris nec testamenrum pater fecerit, nec ipſi ſibi in pupillari ætate conſtituti poſſint facere, præmorientium fratrum hæreditates ad ſuperstites ab intestato pervenire neceſſe est. Hinc evidenter infertur ex co quod parens noviſſimo impuberi decedenti pupillariter ſubstituerit, nullam inter fratres reciprocam ſubstitutiooem factam intelligi, non pupillarem, tum quia pupillaris ſubstitutio, cum directa ſit institutio, directa, & expreſſa verba requirit, nec ex conjecturata testatoris voluntate potest indoci *leg. hæredes* 21. *qui teſtam. fac. poſſ. leg. Jubemus.* 29. *C. de teſtam.* tum quia ſi reciproca pupillaris ſubstitutio inter fratres induceretur, integrum legitimarum hæreditatum jus inter eos custoditum dici non poſſet, imò præmorientium hæreditates jure ſubstitutionis, & ſic ex teſtamento ad ſuperstites pertinerent. *leg. ſi pater.* 25. *hoc tit.* Nec magis fideicommiſſariam; quia licet ſola conjecturata defuncti voluntas fideicommiſſariam poſſit inducere ſubstitutio- 15

num. *leg. cum proponebatur.* 64. *de leg.* 2. in præſenti tamen voluntatis deficit conjectura, cum parens integrum legitimarum hæreditatum jus inter fratees cuſtodiri voluerit; reciprocum autem fideicommiſſum, ſiquidem inter eos induceretur, legitimæ utique ſucceſſioni derogaret ſaltem circa paternam hæreditatem, quæ ſuperſtitibus fratribus ex cauſa fideicommiſſi, & ſic ex patris teſtamento foret reſtituenda *ex reg. text. in d. leg.* 41. *§. quod ſi hærede* 3. *hoc tit. leg.* 1. *C. ad Trebell. decet* Anton Faber 13. *conject. c.* 14. *cum ſeq.*

16 Verum huic doctrinæ refragari videtur vulgaris; difficilis tamen textus in *leg. Titia Sejo* 87. *§. Seja libertis.* 2. *de leg.* 1. ubi cum duobus libertis certum fundum teſtatrix legaſſet, fidei eorum commiſſit, ut qui ex eis ultimus deceſſiſſet, eum fundum cum moreretur, Sempronio reſtitueret, & ait Paulus, in eo fideicommiſſo teſtatricem duos ſubſtitutionis gradus feciſſe videri, unum, ut qui prior ex liberis moreretur, partem ſuam ſuperſtiti reſtituerer, alterum, ut noviſſimus decedens totum fundum Sempronio reſtituerer, tum ſic: ex eo ſolum quod qui noviſſimus ex libertis deceſſiſſet, Sempronio fundum reſtituere juſſus fuerat, conjicit Paulus teſtatricem intet ipſos etiam libertos legatarios reciprocum voluiſſe fideicommiſſum inducere: ergo ex eo etiam quod noviſſimo impuberi decedenti parens pupillariter ſubſtituerit, ſufficiens voluntatis conjectura depromitur, ad hoc ut reciprocum inter ipſos fratres inducatur fideicommiſſum. Pro ſolutione tamen dicendum, eſt in *d. leg.* 87. §. 2. neceſſaria, juris ratione inter libertos ipſos legatarios reciprocum induci fideicommiſſum debuiſſe, cum etenim noviſſimus decedens totum fundum reſtituere juſſus eſſet, nec aliter ipſe defunctæ precibus poſſet integrum, ſidomque obſequium exhibere, quàm ſi præmorientis collegatarii pars ad ipſum pertinerer, quam nec acquirere aliter poſſer, qnam ex caoſa reciproci fideicommiſſi, ea fuiſſe teſtatricis voluntas dignoſcitur, ut prior ex libertis decedens ſuperſtiti partem ſuam reſtitueret; at ubi noviſſimo impuberi decedenti pupillariter parens ſubſtituit, ad ejus dumtaxat hæreditatem, ſubſtitutus vocatur, nec reciprocum in fratres fideicommiſſum induci neceſſum eſt, ut noviſſimi decedentis hæreditas ad ſubſtitutum perveniat. Quinimo etſi ea parentis ſic ſubſtituentis expreſſa voluntas fuiſſet, ut noviſſimo impuberi ſuccedens ſubſtitutus præmorientium ſimul liberorum hæreditates acquireret, non eo magis reciprocum inter fratres inducendum fideicommiſſum eſſet, quia cum inter ipſos legitimarum hæreditatum jus reſervatum credatur, in eum dumtaxat caſum, quo præmorientium fratrum hæreditates ad noviſſimum ab inteſtato pervenerint, ſuccedens noviſſimo impuberi ſubſtitutus ad præmorientium fratrum hæreditates ſimul vocatus cenſendus eſt. Sic textum in *d. leg.* 87. §. 2. *explicant* Petr. Barboſ. *in d. leg.* 37. *hoc tit. num.* 3. *&* 8. Cujac. *lib.* 14. *reſp. Pauli in d. leg.* 87. §. 2. Anton. Fab. d. *lib.* 13. *conject. cap.* 16.

17 Sed dices: in *d. l.* 87. §. 2. noviſſimus ex libertis decedens non quidem integrum fundum, ſed partem dumtaxat ſuam reſtituere rogatus debet intelligi: ergo vel in ejus ſerie reciprocum non debuit inter libertos ipſos legatarios fideicommiſſum induci, vel in terminis etiam pupillaris ſubſtitutionis noviſſimo decedenti factæ inter fratres debet induci. Antecedens probabis: Quoties ex parte inſtitutus hæres, vel collegatarius hæreditatem, vel rem legatam reſtituere rogatur, partem dumtaxat ſuam reſtituere rogatus cenſetur, ut ab argumento probant textus in *l. ſervi elect.* 5. §. 1. *&* 2. *l. ſi fundum* 81. §. *ſi libertus* 4. *de leg.* 1. *l. ſi Titius* 96. *de l.* 3. *l. Titia.* 86. *ad l. Falcid.* licet alias indefinita hæreditatis appellatio, aut fundi totam hæreditatem, aut integrum fundum comprehendat: ergo licet in *d. l.* 87. §. 2. noviſſimus ex libertis decedens fundum reſtituere juſſus eſſet, non ideò integrum fundum, ſed ſuam dumtaxat partem reſtituere gravatus debuit cenſeri. Nec difficultatem diſſolvunt Petrus Barb. in *d. l.* 37. *hoc tit. n.* 4. *& Anton. Fab. d. lib.* 13. *conject. cap.* 16. qui cum antiquioribus nonnollis reſpondent ideò noviſſimum ex libertis decedentem totum fundum reſtituere gravatum cenſeri, quia alioquin ſi teſtatrix voluiſſet, ut gravatus partem dumtaxat ſuam reſtitueret, fruſtra noviſſimum reſtituere fundum juſſiſſet: ut igitur verba aliquid operentur, intelligendum eſt ſub fundi appellatione integrum fundum teſtatricem comprehendiſſe; hæc erenim ſolutio ex eo manifeſtè convincitur, quod etſi noviſſimus decedens partem dumtaxat ſuam reſtiruere gravatus cenſeretur, non ideò ab ultimo moriente fruſtra relictum fideicommiſſum dici poſſet, perinde enim conſiſteret, ac ſi ſub alia qualibet conditione fuiſſet relictum; unde noviſſimum decedentem partem dumtaxat ſuam numinatim, nec fruſtra reſtituere gravatum invenimus in textu ſtatim explicando in *l. ſi ejus qui.* 34. *ad Trebell.* Præfero itaque Acurſii, Alexandri, Alciari, & aliorum ſolutionem, quam immeritò impugnarunt Barb. ubi nuper n. 5. & Faber *d. cap.* 16. aſſerentes teſtatricem in *d. l.* 87. §. 2. libertis legatariis fundi alienationem prohibuiſſe, ut conſtat ex textus lit. & ex prohibita fundi alienatione noviſſimum decedentem ſub indefinita fundi appellatione totum fundum reſtituere rogatum cenſeri ſubtiliter Paulum conjeciſſe; nam ſi partem dumtaxat ſuam reſtituere rogatus crederetur, alienatioois prohibitio circa præmorientis liberti partem nudum, & inefficax præceptum contineret: ut igitur alienationis prohibitio efficax teſtatricis præceptum circa utriuſque liberti partem in fideicommiſſarii gratiam contineat, noviſſimum decedentem totum fundum reſtituere gravatum intelligi juxta defunctæ voluntatem optimè Paulus reſpondit.

Habemus jam quod ſi parens noviſſimo impuberi decedenti pupillariter ſubſtituerit reciproca nulla inter fratres directa, aut precaria inducitur ſubſtitutio, ſed legitimarum hæreditatum jus inter eos integrum cuſtoditur, ita ut præmorientium hæreditates ad ſuperſtites ab inteſtato pertineant, & ad noviſſimi decedentis hæreditatem ſubſtitutus admittatur. Hinc illud ſubtiliſſimè quæritur, an ſcilicet ſi parens cum duos impuberes filios, haberet, ei qui ſupremus moreretur, aliquem ſubſtituerit, & impuberes ſimul ruina, forſan incendio, vel naofragio deceſſerint, ſubſtituto locus ſit? Dubitandi ratio ex ſermonis proprietate deſumitur, verba etenim *noviſſimus*, *proximus*, *ſupremus* ultimum ſignificaot facta comparatione ad præcedentes, ut ex 18

Juvenali ſatyra 11. *in princ.* & Quintiliano *declamatione* 19. *in princ.* demonſtrat D. Retes 7. *opuſc. cap.* 5. *n.* 7. ubi autem duos impuberes ſimul eodem caſu perierunt. cum explorari non poſſit, quis prior, poſteriorvè deceſſerit, uterque deceſſiſſe, & neuter alteri ſupervixiſſe præſumitur *l. duo ſocii.* 8. *de hæred. inſtit.* & ſic neuter primus, aut noviſſimus dici poteſt: ergo noviſſimò decedenti ſubſtitutus ad neutrius hæreditatem admittendus videtur. Suaderi hoc ipſum poteſt ex textu in *d. l.* 34. *ad Trebell.* ubi cum pater duos filios hæredes inſtituiſſet juſſiſſetque, ut qui ex eis noviſſimus deceſſiſſet, ſuam hæreditatis partem alicui reſtitueret, & fratres ſimul diem ſuum obiiſſent, reſpondet Marcianus, non aliter fideicommiſſarium ad partem hæreditatis admitti, quam ſi oſtenderit, quis eorum noviſſimus deceſſiſſet, hujuſmodi verò probatione deficiente ad inteſtatam integram utriuſque filii hæreditatem matrem ex S. C. Tertyll. admitti; ſed tamen certi juris eſt, quod ſi uterque filius impubes ſimul eodem caſu deceſſerit, noviſſimo decedenti ſubſtitutus ad utriuſque hæreditatem admittitur, expreſſi ſunt textus in *l. ex duobus* 34. *in princ. l. qui duos.* 42. *hoc tit. l. qui duos* 9. *in princ. de reb. dub.* in quibus deciſivam ejus rei rationem partim ex uſitato loquendi modo, partim ex voluntate teſtatoris eliciunt Conſulti; verba etenim illa *noviſſimus, proximus, ſupremus,* quamvis in propria, & rigoroſa ſignificatione ſint comparativa, uſu tamen juris ſæpè ut poſitiva accipiuntur, & abſque ullo prioris, aut proximioris concurſu intelliguntur, & proximus is appellatur, quem nemo præcedit, etſi ſolus ſit, & noviſſimus is dicitur, poſt quem non eſt alius, quamvis ante eum nemo ſit, *l.* 1. *§.* 1. *de bon. poſſ. ſec. tab. l.* 1. *§. proximus.* 5. *unde cognati, l.* 2. *§. hac hæreditas.* 2. & 4. *legitima* 4. *de ſuis, & legitim. hæred. l. proximus*, 92. *l. proximi* 155. *d. l. in vulgari* 162. *de verb. ſign.* Unde ubi impuberes duo filii ſimul deceſſerunt, quia eorum neutri alter ſuperſtes ſuit, utrique ultimi ſibi deceſſiſſe videntur, ut eleganter loquitur Triphonius in *d. l.* 9. *de reb. dub.* id eſt reſpectu ſui, quaſi dicat unumquemque impuberem, non quidem ad alium fratrem ſacta comparatione, ſed ſui ipſius reſpectu ultimum deceſſiſſe, ut ſubtiliter cum Ludovico Teſſeyra explicat Coſta in *d. cap. ſi pater.* 1. *part. verbo moreretur n.* 5. ac proinde cum noviſſimus uterque deceſſerit ad utriuſque hæreditatem ſubſtitutus admittitur, cui nec teſtatoris voluntas reſragatur, qui cum inter filios integrum legitimarum hæreditatum jus cuſtodiiſſet, voluiſſet itaque ut ſi ordine vita deceſſiſſent, primo ſecundus ab inteſtato ſuccederet, & in noviſſimi decedentis hæreditate etiam prius mortui hæreditatem ſubſtitutus inveniſſet *d. l.* 42. *hoc tit. d. l.* 9. *de reb. dub. l. pater* 14. *ad l. falcid.* & ſic voluiſſe etiam creditur, ut ſi uterque ſimul impubes deceſſiſſet, utrique ſubſtitutus ſuccedat. Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 34. *ad Trebell.* ubi nullo unquam caſu ad totam hæreditatem, ſed ſolum ad noviſſimi decedentis partem fideicommiſſarius fuit vocatus: probare itaque tenetur, quiſnam ex fratribus noviſſimus deceſſerit, alioquin ex defectu certitudinis partis fideicommiſſum evaneſcit, etiam ſi ex æquis partibus fratres ſcripti hæredes fuiſſent; quia licet in ratione quantitatis certa pars ſit, incerta tamen in ratione qualitatis eſt, & qualis ſit ignnratur argumento textus in *l. Mævius*, 66. *§ ſed ſi pars* 2. *de leg.* 2. *tradunt* Cujac. *tr.* 4. *ad Afric. in d. l.* 34. *hoc tit. & ad Pand. in d. l.* 9. *de reb. dub.* Petr. Barb. *in d. l.* 37. *hoc tit. n.* 14. *cum ſeq. & cum aliis* D. Retes *d. lib.* 7. *opuſc. cap.* 5. *n.* 5. *cum* 5. *ſeqq.*

19 Sed tunc ingens occurrit difficultas ex eo, quod parens, qui noviſſimo decedenri pupillariter ſubſtituit, licet legitimarum hæreditatum jus integrum inter liberos cuſtodierit, non ideò voluiſſe cenſetur, ut in noviſſimi decedentis hæreditate etiam ante mortui hæreditatem ſubſtitutus inveniatur: ergo ſi impuberes ſimul eodem caſu deceſſerint, ad neutrius hæreditatem debet ſubſtitutus admitti. Aſſumptum ex eo convincenter probatur quod etiam legitimarum hæreditatum jure integro reſervato evenire facile poteſt, ut in noviſſimi decedentis hæreditate prius mortui hæreditas non inveniatur, ponamus unum ex fratribus puberem jam ſactum priorem deceſſiſſe, & impuberem alterum noviſſimum deceſſiſſe, tunc ſanè ad noviſſimi decedentis hæreditatem ſubſtitutus admittitur, ut probat ab argumento ſpecioſus, & ſingularis textus in *d. l.* 41. *§. Cum pater.* 7. *hoc tit.* ubi cum pater duas impuberes filias habuiſſet, & ei, quæ noviſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, & impubes filia ſuperſtite ſorore jam pubere deceſſiſſet, irritam omnino pupillarem ſubſtitutionem factam Papinianus reſpondit, in impuberis prioris perſona, quia non noviſſima deceſſit; in alterius verò quia puberem ætatem complevit, hoc ipſo ſignificans, quod ſi ex contrario pubes prior deceſſiſſet, & impubes poſtea diem ſuum obiiſſet, ad noviſſimæ decedentis hæreditatem admitteretur ſubſtitutus, ut agnoſcunt ibi Cujac. *lib.* 6. *reſp. Pap.* & Ant. Fab. *d. lib.* 13. *conject. cap.* 14. & tamen ſi pubes jam ſactus, quem priorem deceſſiſſe proponimus, teſtamentum condiderit, & extraneum hæredem inſtituerit, ejus hæreditatem in noviſſimi decedentis hæreditate invenire non poteſt, ut advertit Cujac. *ubi nuper*; nec enim impubes puberis fratris teſtamento præteritus poteſt adhuc per inofficioſi quetelam teſtamentum impugnare, *l. fratres.* 27. *C. de inoffic. teſt. §.* 1. *inſt. eod. tit.* ponamus etiam priorem fratrem impuberem adhuc deceſſiſſe, ejuſque hæreditatem ſuperſtitem impuberem fratrem tutore autore repudiaſſe, & noviſſimum poſteà deceſſiſſe, hoc ſanè caſu prioris hæreditatem in noviſſimi hæreditate invenire ſubſtitutus non poteſt: ergo etiam legitimarum hæreditatum integro reſervato voluiſſe patrem non creditur, ut in noviſſimi hæreditate etiam prioris hæreditatem ſubſtitutus inveniat, ac per conſequens ſi impuberes ſimul eodem caſu deceſſerint, ad neutrius hæreditatem debet ſubſtitutus admirti.

20 Reſpondebis forſan ſuperſtitem impuberem deſuncti patris hæreditatem repudiare non poſſe, quia quemadmodum ſi fratres invicem fuiſſent pupillariter ſubſtituti, ſibi invicem neceſſarii hæredes extiterint ex regula textus in *l.* 2. *§. prius.* 1. *verſ. uſque adeò l. ſed ſi plures.* 10. *§.* 1. *hoc tit. l. ſed & in illo* 18. *de reb. dub.* Sic & noviſſimo decedenti ſubſtitutione facta ſibi invicem neceſſarii ab inteſtato hæredes debent propter parentis judicium exiſtere; nam alioquin nec integrum legitimarum hæreditatum jus inter eos cuſtoditum dici poſſet, ut potè quod per repu-

rationem facilè everteretur, nec evenire poſſet, quod evenire pater voluit, ut per noviſſimi impuberis perſonam tota ipſius patris hæreditas ad ſubſtitutum perveniret, ut poſt Paulum Caſtrenſem in *d. l. 42. hoc tit.* Alexandrum in *l. quoniam 7. C. de jure deliber.* & Jaſonem in *l. ſi Infanti 18. C. eodem tit. n. ult.* tenet, ut novam ſibi hanc opinionem atrogans Anton. Fab. *d. lib. 13. conject. cap. 14.* qui omnes in eam rem utuntur textu in *d. l. 9. verſ. dixi, ſi ordine de reb. dub.* ubi noviſſimo decedenti facta ſubſtitutione cum duo impuberes in navi ſimul periiſſent, docet Conſultus, quia ſi ordine vita deceſſiſſent, priori mortuo frater ab inteſtato hæres eſſet, poſteriori ſubſtitutus, in ea tamen hæreditate etiam prius defuncti patris haberet hæreditatem. Tum ſic. Si ſuperſtes defuncto fratri neceſſarius hæres non exiſteret, ubi uterque in navi, licet ordine, & aliquo temporis intervallo deceſſit, ſuperſtes defuncti fratris hæreditatem adire non potuiſſet, nec magis eam non aditam ad ſubſtitutum tranſmittere ex vulg. reg. textus in *d. l. 7. C. de jure deliber. cum ſimilib.* incredibile namque eſt intrepidatione ſubiti caſus in mentem pupillo, aut ejus tutori veniſſe de adeunda, vel repudianda fraterna hæreditate deliberare, aut de alio, quam de ſalute, & vita cogitare: Cum ergo ſuperſtes prius defuncto fratri ab inteſtato hæres extitiſſe dicatur, evincitur omnino, quod ipſo jure neceſſarius hæres extiterit, ac proinde quod noviſſimo decedenti facta ſubſtitutione ſuperſtes prius defuncti fratris repudiare hæreditatem non poteſt. Hæc tamen ſolutio præterquam quod ſecundo dumtaxat caſui in argumento expenſo poteſt adaptari, falſiſſimo etiam nititur fundamento; nam etſi fratres invicem ſubſtituti ſibi invicem neceſſarii hæredes exiſtant ex dictis juribus, ut ſuo loco latius diſputabimus, noviſſimo tamen facta ſubſtitutione ab inteſtato non neceſſarii, ſed voluntarii ſunt hæredes, quia non ex diſpoſitivo, ſed ſolum ex permiſſivo parentis judicio, ſeu potius legis poteſtate ſibi invicem ab inteſtato ſuccedunt, eoque ſenſu integrum legitimarum hæreditatum jus inter eos reſervare voluiſſe parens dicitur, quatenus ſcilicet non ademit, prout adimere ſingulis facta ſubſtitutione potuiſſet argumento textus in *l. conficiuntur 8. §. 1. de jure Cod ocill. l. 1. §. ſciendum 6. de leg. 3.* ut ſubtiliter conſiderat Gofredus in *d. l. 9. de reb. dub. n. 5. cum 2. ſeqq. ex n. 19.* quinimo, ut ego exiſtimo, non aliter integrum legitimarum hæreditatum jus inter fratres reſervarum verificaretur, quàm ſi voluntarii, non neceſſarii invicem ſint hæredes, ut notum eſt: ergo noviſſimo etiam decedenti ſubſtitutione facta voluntarii ſibi invicem ab inteſtato ſunt hæredes, & adeundi, vel repudiandi liberam habent facultatem, alioquin ſi tunc ſibi invicem neceſſarii hæredes exiſterent, integrum inter eos legitimarum hæreditatum jus reſervatum non diceretur, quia non perinde conſervaretur, ac ſi nulli ſubſtitutus datus fuiſſet. Nec contrarium probat textus in *d. l. 9. verſ. dixi ſi ordine de rebus dub.* in quo non de fratribus impuberibus in eodem ſubito caſu ſimul decedentibus Conſultus loquitur, ſed de caſu quo ordine deceſſerunt, & eo temporis intervallo, quo noviſſimus tutore autore prius defuncti fratris adire hæreditatem potuerit, eamque ad ſubſtitutum tranſmittere, quod & ſupponitur in *d. l. 42. hoc tit.* quem caſum in id Triphoninus adduxit, ut genuinam ſuam rationem ſubtiliter, & artificioſè demonſtraret, totus ſcilicet in eo erat, ut doceret, quod ſi impubes uterque ſimul eodem caſu periiſſet, noviſſimo ſubſtitutus ad utriuſque hæreditatem admittitur, & ut defuncti voluntatem ſubſtituto non refragari probaret, præmiſit, quod ſi duo impuberes non eodem caſu, ſed ordine deceſſiſſent, ita ut ſuperſtes prius defuncti acquirere hæreditatem potuiſſet, in noviſſimi hæreditate prioris etiam hæreditatem juxta parentis judicium ſubſtitutus inveniret, inde concludit contra parentis voluntatem non fieri in eo, quod ſi impubes uterque ſimul decedat, utrique ſubſtitutus ſuccedat, ut poſt Antiquiores nonnullos explicuerunt Coſta in *d. l. 9. §. Cum in bello de reb. dub. verbo pater n. 6.* Donell. *ſub. lib. 8. comm. in d. l. 9.* Petr. Barb. *in d. l. 37. hoc tit. n. 18.* D. Retes *d. lib. 7. opuſc. cap. 5. ex n. 11. & præcipuè n. 16.*

21 Hujuſmodi itaque ſolutione rejecta, difficultati *n. 19.* expenſæ reſpondendum melius eſt ex mente ſubtiliſſimi Gofredi in *d. l. 9. de reb. dub. n. 19.* parentis, qui pupillariter noviſſimo decedenti ſubſtituit, eam voluntatem eſſe, non quidem ut in omni eventu, ſed eo ſolum caſu quo prior impubes adhùc filius deceſſerit, ejuſque hæreditatem ſuperſtes impubes frater acquiſierit, in noviſſimi hæreditate prius etiam mortui hæreditatem ſubſtitutus inveniat; nam ſi vel prior pubes jam factus extraneo hærede inſtituto deceſſerit, vel prioris impuberis mortui hæreditatem ſuperſtes impubes repudiaverit, in noviſſimi hæreditate prioris mortui hæreditas inveniri non poteſt, eam tamen parentis voluntatem ſufficere ad hoc, ut ſi uterque impubes ſimul eodem caſu deceſſerit, utrique ſubſtitutus ſuccedat; nam cum voluerit parens, ut aliquo ſaltem caſu per mediam noviſſimi decedentis perſonam ante etiam mortui hæreditatem ſubſtitutus acquireret, & voluiſſe utique cenſetur, ut ſi noviſſimus uterque deceſſerit, utriuſque hæreditatem ſubſtitutus acquirat: ex quibus infert Gofredus *d. n. 19. cum 2. ſeqq.* quod etſi pater eum tres, vel quatuor filios haberet ex duobus ex eis noviſſimo decedenti pupillariter aliquem ſubſtituerit; ſi quidem duo illi filii, quorum noviſſimo ſubſtitutio facta proponitur, ſimul eodem caſu deceſſerint, ad utriuſque hæreditatem reliquis fratribus excluſis ſubſtitutus admittitur, rationem præſtat, quia licet pater adhùc ex duobus filiis noviſſimo decedenti facta ſubſtitutione integrum inter omnes filios legitimarum hæreditatum jus cuſtodiri voluerit, etſi ordine impuberes duo, quorum noviſſimo ſubſtitutus fuit datus, deceſſiſſent, prioris mortui non quidem tota hæreditas, ſed ejus dumtaxat pars ab inteſtato ad noviſſimum propter aliorum fratrum concurſum pertinuiſſet, cum tamen aliquo ſaltem caſu juxta parentis judicium tota prioris mortui hæreditas potuit ad noviſſimum, & per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum pervenire, veluti ſi alii fratres prius forſitan deceſſiſſent, vel priori impuberi mortuo ſuperſtites portiones ſuas repudiaſſent, vel ante earum aditionem deceſſiſſent, id ſufficit ad hoc, ut ſi duo illi impuberes ſimul decedunt, ad eorum hæreditates cæteris excluſis fratribus ſubſtitutus admittatur. Ex eadem etiam ratione deducit Gofre-

dus, quod ſententia textus in *d. l.9. cum ſimilib.* etiam matre inter filios extante procedit eo adhuc jure ſuppoſito, quod extat in *l. ult. C. ad Tertyll.*11. §. *ſed cum antèa C. inſt. eodem*, aut in *novel.* 118. *cap.* 2. ita ut ſi parens noviſſimo decedenti ſubſtituerit, & uterque impubes filius ſimul deceſſerit, circa utriuſque hæreditatem matri ſubſtitutus præferatur; nam licet ſi ordine impuberes deceſſiſſent, prioris mortui non tota hæreditas, ſed ejus pars propter matris concurſum ad noviſſimum ab inteſtato, & per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum perveniſſet; quia tamen aliquo ſaltem caſu juxta parentis voluntatem integra prioris mortui hæreditas potuit ad noviſſimum, & per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum pertinere, veluti ſi mater prius forſitan deceſſiſſet, vel adhuc ſuperſtes prioris mortui delatam ſibi hæreditatis partem repudiaſſet, hinc ſi uterque impubes ſimul deceſſerit, circa utriuſque hæreditatem matri ſubſtitutus debet præferri.

22 Duplicem hanc Gofredi illationem ingenioſam eſſe agnoſco, falſiſſimam tamen exiſtimo; quod enim hucuſque diximus noviſſimo decedenti ſubſtitutum ad impuberis utriuſque ſimul decedentis hæreditatem admitti, obtinere tunc ſolum poteſt, cum noviſſimo ex omnibus liberis, quos parens habebat, ſubſtitutus datus eſt, quo caſu militat omnino ratio à Conſultis præſtita in *d. l.* 34. *d. l.* 42. *hoc tit. d. l.* 9. *de reb. dub.* qui textus ut ex eorum litera conſtat, de noviſſime decedente ex omnibus liberis ei ſubſtitutione facta loquuntur, non verò cum pater, qui tres, vel quatuor filios habebat, ex duobus ex eis noviſſimo decedenti ſubſtituit, quo caſu ſiquidem duo illi filii, quorum noviſſimo ſubſtitutio facta proponitur, adhuc impuberes ſimul eodem caſu deceſſerint, ad neutrius hæreditatem ſubſtitutum admittendum exiſtimo; quia qui ſic ſubſtituit parens legitimarum hæreditatum jus integrum inter omnes liberos reſervavit, & voluit ut ſi ordine duo illi impuberes, quorum noviſſimo ſubſtituerat, deceſſiſſent, prioris mortui hæreditas ab inteſtato ex æquis partibus communis inter omnes fratres fuerit, & ejus dumtaxat pars ad noviſſimum, & per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum pertineret: ergo ſi duo illi impuberes ſimul deceſſerint, nonniſi contra parentis voluntatem ad integram utriuſque hæreditatem poteſt ſubſtitutus admitti? Rurſus, hoc ipſum clarius explicatur juxta parentis judicium unius dumtaxat, ideſt noviſſimi, & alterius, ideſt prioris hæreditatis partem poteſt ſubſtitutus acquirere; ſed ubi uterque filius ſimul deceſſerit, quænam noviſſimi ſit hæreditas, & quænam prioris hæreditatis pars ſit, penitus ignoratur: ergo ex defectu certitudinis ad neutrius hæreditatem ſubſtitutus admittitur, imò utriuſque hæreditas fratribus aliis ſuperſtitibus ab inteſtato defertur argumento textus in *d. l.* 34. *ad Trebell.* junctis quæ dixi *n.* 18. hoc ipſum ex eadem ratione, matre inter liberos extante novi juris inſpecta diſpoſitione procedit. Nec tunc Gofredi conſideratio refragatur; quod etenim in caſibus, quos ipſe expendit, tota prioris mortui hæreditas ad noviſſimum, & ſic per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum perveniret non tam ex judicio teſtatoris, quàm ex aliorum fratrum, vel matris, mortis, vel repudiationis eventu à teſtatore non præviſo proficiſcitur, ſpectandum verò id ſolum eſt, quod præcipuè parens intendebat, qui eum legitimarum hæreditatum jus inter omnes liberos, vel eorum etiam matrem integrum reſervaſſet, non totam prioris mortui hæreditatem, ſed ejus ſolum partem ad noviſſimum, & per eum ad ſubſtitutum voluit pervenire, nec attendendum, curandumvè eſt, quod ex fortuito aliquo caſu tota prioris defuncti ad noviſſimum, ejuſque ſubſtitutum poſſit hæreditas pervenire; quemadmodum ex contratio ubi parens, qui duos tantum impuberes liberos habebat, noviſſimo decedenti ſubſtituit, quia id principaliter egit, ut tota prioris hæreditas ad noviſſimum, & per eum ad ſubſtitutum pertineret, hoc ſolum attenditur, quamvis ex fortuito caſu contingere poſſit, ut nulla priori defuncti hæreditatis pars ad noviſſimum, & ejus ſubſtitutum perveniat, ut anteriori numero diximus.

Ex quibus infero ſententiam text. in *d. leg.*9. *de reb.dub.* cum ſimilibus non ſolùm procedere, 23
cum parens duobus impuberibus, quos habebat, liberis hæredibus inſtitutis ex eis noviſſimo decedenti ſubſtituit, & ambo ſimul deceſſerunt, ſed etſi duobus impuberibus liberis exhæredatis noviſſimo ex eis decedenti ſubſtituerit, quo etiam caſu ſiquidem ſimul ambo eodem caſu deceſſerint, ad utriuſque hæreditatem admittendum ſubſtitutum contendo, quia ſivè inſtituti, ſivè exhæredati liberi proponantur, eam parentis fuiſſe voluntatem conſtat, ut ſibi invicem ab inteſtato ſuccederent, & per mediam noviſſimi perſonam prioris etiam mortui hæreditatem ſubſtitutus acquireret. Hinc illud poteſt dubitari, an ſi ex duobus impuberibus, quorum noviſſimo ſubſtitutus datus fuit, ad pubertatem alter pervenerit, & mox ambo, unus pubes jam factus, alter vero impubes adhuc ſimul deceſſerint, ad impuberis hæreditatem ſubſtitutus admittatur. In qua re exiſtimo, quod nullus forſan adhuc dixit, ad impuberis hæreditatem admitti ſubſtitutum debere, moveor ex eo, quod ubi ambo pubes jam unus, & impubes adhuc alter ſimul deceſſerunt, utrique ultimi deceſſiſſe creduntur, ad puberis hæreditatem admitti ſubſtitutus non poteſt, quia etſi nominatim ei facta ſubſtitutio fuiſſet, poſt ejus pubertatem expiraſſet: ergo ad impuberis tanquam noviſſimi decedentis hæreditatem debet admitti argumento textus in *d. l.*41. §.7. *hoc tit.* junctis, quæ dixi *num.* 19. Accedit, quod ſi ubi uterque impubes ſimul deceſſit, utrique ſubſtitutus ſuccedit tam propter uſitatum loquendi modum, quàm propter teſtatoris voluntatem, ut jam vidimus, facilius ſanè, ubi ambo pubes jam unus, & impubes adhùc alter ſimul deceſſerunt, ad impuberis hæreditatem debet ſubſtitutus admitti, quia ſivè uſitatum loquendi modum attendamus, impubes noviſſimus deceſſiſſe creditur, ſivè parentis judicium inſpiciamus, manifeſtum eſt, parentem, qui voluit, ut utriuſque hæreditas aliquo ſaltem caſu ad ſubſtitutum pertineret, utique & fortiori ratione voluiſſe, ut unius hæreditatem ſubſtitutus acquireret. Si dicas, quod ubi duo fratres alter jam pubes, & impubes adhuc alter ſimul decedunt, jam pubes impuberi ſupervixiſſe præſumitur argumento textus in *d. l.* 9. §. *ult. in f. l. ſi mulier.* 23. *de reb. dub.* ac per conſequens quod neutri poteſt ſubſtitutus ſuccedere ex re-

gula textus in *d. l.* 41. §. 7. *hoc tit.* facilè reſpondebo, hujuſmodi præſumptionem inter parentes ſolum, & liberos inductam eſſe, de quibus prædicti textus loquuntur, non inter fratres *d. l.* 18. *de reb. dub.* ex defectu conſtitutionis, abſque qua ſoperviventiæ præſumptiones induci non poſſunt, ut docet D. Retes *d. lib. 7. opuſc. cap.* 5. *n.* 44. & 46.

24 Quod diximus noviſſimo impuberi decedenti ſubſtitutum ad utriuſque impuberis hæreditatem admitti; ſiquidem uterque ſimul eodem caſu deceſſerit, tum etiam procedere, cum uterque peregrè deceſſit, & uter noviſſimus deceſſerit, ſubſtitutus ignorat, omnes ferè antiquiores exiſtimarunt, quorum opinio ex eo ſatis refellitur, quod tunc ſolum noviſſimo ſubſtitutus utrique ſuccedit, cum uterque ſimul deceſſit; ſed ubi ambo peregrè deceſſerunt, non ideò ſimul deceſſiſſe creduntur: ergo quandiu ſubſtitutus uter eorum noviſſimus deceſſerit, non oſtenderit, ad neutrius hæreditatem admittitur. Nec aliud ſibi Papin. voluit, qui non modo antiquiores, ſed & Cujacium ibi *lib. 13. quæſt.* ejuſdem decepit in *l. qui ex liberis* 11. *in princ. de bon. poſſeſs. ſec. tab.* Ubi non quidem aſſerit ſubſtitutum, quandiu uter noviſſimus deceſſiſſet, ignorat, utriuſque poſſe hæreditatem adire, quem certum eſt prioris, ſeu potius neutrius poſſe interim hæreditatem adire ex regula textus in *l. multum.* 21. *de C. & D.* ſed ſolum propter incertum conditionis utriuſque petere bonorum poſſeſſionem *ſec. tab.* poſſe, eam ſcilicet, quæ ſine re ad cuſtodiam tantum, & bonorum adminiſtrationem ſcriptis ſub conditione hæredibus interim dum pendet conditio, à Prætore decernitur *l.* 2. §. 1. *l. ſi ſub conditione.* 5. *l. hi demum.* 6. *l. ſi ſervus.* 10. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Nam qui ignorat, an conditio, ſub qua fuit inſtitutus, extiterit, in eodem ſtatu eſt, in quo eſſet, ſi conditio nondum extitiſſet *d. l.* 21. *de C. & D.* & ſic non hæreditatem adire, ſed ſolum ſecundum tab. ſine re petere bonorum poſſeſſionem poteſt: ergo & noviſſimo ſubſtitutus quandiu ignorat, quis ex impuberibus noviſſimus deceſſerit, & ſic an conditio ſubſtitutionis extiterit, ſolum ſec. tab. ſine re utriuſque impuberis petere bonorum poſſeſſionem poteſt, ut omnium primus Papinianum accepit Coſta in *d. l.* 9. §. *cum in bello de reb. dub. in princ. ex n.* 7. & 102. *ſelect. cap.* 16. cui ſubſcribunt Petr. Barb. in *d. l.* 37. *hoc tit. n.* 16. Valentia *lib. 1. illuſtr. tract. cap.* 8. D. Retes *d. l. 7. opuſc. cap. 5. n.* 18. *cum ſeq.* qui tamen Papiniani ſententiam ad eum caſum reſtringendam contendit, quo licet ignorantia detur ex parte ſubſtituti, ſciendum tamen aliquando ſperatur, uter noviſſimus deceſſerit; ſi verò talis incertitudo fuerit, ut ſciri omninò non poſſit quis prior, quiſvè poſterior deceſſerit, veluti ſi ambo in Libiæ deſertis deceſſiſſe dicerentur, utrumque propter omnimodam ignorantiam ſimul deceſſiſſe præſumi, & utrique ſuccedere ſubſtitutum exiſtimat. Quæ quidem graviſſimi Præceptoris opinio ex eo diſplicet, quod ubi uterque eodem caſu deceſſit, veroſimiliter jus præſumit utrumque eodem inſtanti deceſſiſſe, non ſolum propter omnimodam ignorantiam, ſed etiam quia uterque eodem caſu deceſſit; at ubi ambo in remoto adeò loco deceſſiſſe dicuntur, ut ſciri non ſperetur, quis prior, quiſvè poſterior deceſſerit, non ideò uterque uno, eodemque inſtanti deceſſiſſe præſumitur, quod licet omnimoda detur ignorantia, non tamen eodem caſu uterque deceſſit, quod ſimul cum ignorantia ad inducendam hujuſmodi præſumptionem requiritur. Unde nec aſſerere ultra Interpretes vereor, non ſolum ultimo caſu ad neutrius hæreditatem ſubſtitutum admitti, verum & neutrius adhùc ſine re petere bonorum poſſeſſionem poſſe, quæ licet interim dum an conditio extiterit, ignoratur; ad bonorum cuſtodiam ſoleat à prætore decerni; ubi tamen ea datur ignorantia, ut nullo unquam tempore ſciendum ſperetur, an conditio extiterit, nonniſi fruſtra decerneretur, & in eorum præjudicium, qui ab inteſtato poſſunt utriuſque impuberis hæreditates vindicare.

Ex ſupradictis etiam infertur, quod ſi parens 25
non noviſſimo, ſed priori ex impuberibus liberis decedenti pupillariter aliquem ſubſtituerit, ſiquidem uterque ſimul deceſſerit, neutri ſubſtitutus ſuccedit, quia licet uterque ſimul deceſſiſſe credatur *d. l. 9. de reb. dub.* teſtatoris voluntas refragatur, qui unius dumtaxat, non etiam utriuſque impuberis hæreditatem ad ſubſtitutum voluit pervenire, etſi fratres ordine deceſſiſſent, in prioris hæreditate nunquam poſterioris hæreditas poſſit inveniri, ut compertum eſt: ergo ſi uterque ſimul deceſſerit, ſubſtitutus qui uter eorum primus deceſſit, probare non poteſt, neutri ex defectu probationis ſuccedit, nè alioquin contra expreſſum parentis judicium utriuſque hæreditates acquirat, ut acutè prævidit Gofredus in *d. l. 9. n.* 22. & 24. *cum ſeq.* qui in hanc rem expendit text. in *l. ſi fuerit* 10. *de reb. dub.* Ubi cum ita legatum fuiſſet, ex cognatis meis ei, qui primus in Capitolium aſcenderit, centum legò, & duò ſimul Capitolium aſcendiſſent, neutri legatum deberi Ulpianus ideò reſpondit, quia licet uterque primus aſcendiſſe credatur, abſurdum tamen eſſet, ut duo legatum caperent, quod uni dumtaxat teſtator reliquerat, ut latius proſequuntur Cujac. ad *Pand. in d. l.* 10. *Donell. ſub d. l.* 8. *comm. in eod. textu.* Ant. Fab. *lib. 20. conject. cap.* 4. Hinc ſubinfert Gofred. ubi nuper *n.* 25. quod ſi pater primo decedenti Titium, noviſſimè decedenti Sempronium ſubſtituerit (poteſt namque ſingulis liberis ſingulos ſubſtituere) ſiquidem uterque ſimul deceſſerit primo ſubſtitutus omninò excluditur, quia juxta parentis judicium nullo unquam caſu potuit utriuſque hæreditates acquirere; noviſſimo autem ſubſtitutus utrique ſuccedit, quia aliquo ſaltem caſu, ſi fratres ordine deceſſiſſent, in noviſſimi hæreditate prioris etiam hæreditatem potuit invenire, veluti ſi primo ſubſtitutus ante eum deceſſiſſet, vel primo defuncto ſuperſtes ejus hæreditatem repudiaſſet. Verùm hæc Gofredi ſubtilitas ex his quæ adverſus eum *n.* 22. diſputavi, ſatis refellitur, ex quibus apparet, in ſuperiori ſpecie utrumque ſubſtitutum excludi, quia qui ſic ſubſtituit parens, id principaliter egit, ut ſingulis liberis ſinguli ſubſtituti ſuccederent, nec in noviſſimi hæreditate prioris mortui reperiretur hæreditas: quod ergo ex accidenti, & fortuito caſu à teſtatore non præviſo, ſi fratres ordine deceſſiſſent, potuerit in noviſſimi hæreditate prioris hæreditas inveniri, ne ſpectandum eſt, nec in cauſa eſſe poteſt, ut ſi uterque ſimul deceſſerit noviſſimo magis, quàm primo

ſubſtitutus utrique ſuccedat.

26 Diximus eum, qui impuberes, plures liberos in poteſtate habet, vel ſingulis, vel ei, qui eorum noviſſimus impubes deceſſerit, poſſe pupillariter ſubſtituere. Hinc ita concepta ſubſtitutione ſi uterque impubes deceſſerit, Titius hæres eſto, an ſingulis ſeparatim, an verò noviſſimo decedenti ſubſtituiſſe parens videatur, fuit inter ipſos conſultos controverſum uſque ad Juſtiniani tempora; qui in *d. leg. cum quidam* 10. *&* *pen. C. de impuber. & aliis ſubſtit.* Sabini ſententiam confirmavit, aſſerentis ſuperiori formula non ſingulis, ſed noviſſimo factam ſubſtitutionem intelligi, quia dictio illa *Uterque*, quæ ambigua eſt, & vel ut collectiva, vel ut diſtributiva, juxta ſubjectam materiam, & teſtatoris voluntatem poteſt accipi, in præſenti, ut collectiva accipitur propter veroſimile parentis judicium, qui integrum inter filios legitimæ ſucceſſionis jus conſervare, nec ante utriuſque filii mortem ſubſtitutum admitti voluiſſe cenſetur. Hujus autem Sabini ſententiæ veſtigium apud præcipuum ejus Scholæ aſſeclam Papinianum invenimus in *d. leg.* 41. *hoc tit.* qui tamen in *leg. heredes mei.* 57. §. 1. *ad Trebell.* propter defuncti voluntatem, ut diſtributivam dictionem illam *uterque* accipiendam reſpondit eleganti ratione; quam cum judicio expoſuit Cujac. ad *Pand. in eo textu.* Sic ſanè hæc amplius, & verius forſitan explicantur, quàm ea explicuerunt Donellus, Giphanius, Gilkenius, Raguellus, & Merillus in *d. leg. pen.* Antonius Fab. *d. lib.* 13. *conject. cap.* 18. *cum ſeq.* Nec tunc obſtant textus in *leg. ult. §. filium.* 2. *de leg.* 2. *leg. Lucius* 18. §. Gaio Sejo *ad Trebell.* pro quorum explicatione & cum *l. Codicillis* 34. *de Uſufr. leg. conciliat.* videndi erunt Cujac. *ad Pand. in d. leg.* 34. Faber. *de lib.* 13. *conject. cap.* 20. Larrea *deciſ.* Granat. 61. *num.* 40. *cum ſeq.* Inde provenit, quod etſi in terminis textus in *d. leg. pen.* prior ex fratribus pubes jam factus, alter verò adhuc impubes deceſſerint, ad impuberis noviſſimi hæreditatem ſubſtitutus admittitur, ut tenet Gilkenius in *d. leg. pen. num.* 7. renuat licet Merillus ad 50. *deciſiones Juſtiniani in eo text.* qui ejus opinionem non probat; quod enim Juſtinianus decidit ſubſtituto non aliter locum eſſe, quam ſi uterque filius in prima ætate deceſſerit, vel ad eum caſum eſt reſtringendum, quo unius, ejuſdemque ætatis impuberes eſſent, vel ita accipiendum, ut ſcilicet alterutro impubere decedente ſubſtituto locus non ſit; utroque verò in prima ætate defuncto ſubſtitutio locum habeat, nec tamen ideò negetur priore impubere mortuo noviſſimo impuberi decedenti ſubſtitutum ſuccedere.

27 Generaliter etiam ſolet concipi ſubſtitutio, veluti ſi parens, cum plures ſibi hæredes inſtituiſſet, ſic ſubſtituerit, quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo intra pubertatem mortuo hæres eſto. *leg. ult. C. de impuber. & aliis ſubſt.* §. *ſubſtituitur.* 7. *Inſt. de pupill.* ad quam ſubſtitutionem vocantur, qui in paterno teſtamento hæredes ſcripti ſunt, non qui per eos hæredes extiterunt, ut ecce ſi ſervus hæres ſcriptus ſit (eadem etiam de filiofamilias dicenda ſunt) & paternam hæreditatem domino acquiſierit: ſiquidem poſt pupilli etiam obitum in eadem cauſa permanſerit, ejus ſimiliter juſſu domini adire hæreditatem poterit; ſi verò vel pupillo adhùc ſuperſtite, vel eo jam mortuo ante ejus hæreditatis aditionem manumiſſus, vel alienatus fuerit, vetus quidem dominus admitti ad impuberis hæreditatem non poteſt, quia in paterno teſtamento ſcriptus hæres non fuit, nec ex diſpoſitivo, ſed ſolum ex permiſſivo parentis judicio, & ſic legis poteſtate per mediam ſervi perſonam ejus hæres effectus fuit *leg. Edicto.* 13. §. *ad eos* 8. *de jure fiſci*, textus ſic intelligendus in *leg. cum filio.* 11. *de leg.* 1. *leg. acquiruntur.* 1. §. 1. *de acquir. rer. dom.* Sed ipſe potius Servus, vel manumiſſus ſuo arbitrio, vel alienatus juſſu novi domini adire pupilli hæreditatem poterit *leg.* 3. *leg. qui liberis* 8. §. 1. *hoc tit.* quia licet hujuſmodi ſubſtitutione hi ſolum vocantur, qui patri hæredes extiterunt ex dictis juribus; ſervus tamen licet paternam hæreditatem domino adquiſivit patri hæres extitiſſe dici poteſt ex his, quæ ſubtiliter, & cum judicio tradit Pichardus omninò videndus in *lect. ad tit. ff. de leg.* 1. *cap.* 9. *cum ſeq.* ex quibus hæc melius percipiuntur, quam ex traditis à Goffredo in *d. leg.* 3. Petro Barboſ. *in d. leg.* 8. §. 1. *hoc tit.* & Duar. ad *noſtrum tit. cap.* 15. Hinc etiam hæres hæredis, quamvis teſtatoris etiam hæres dicatur eſſe *d. leg. ult. C. de hæred. inſt.* ex hujuſmodi ſubſtitutione ſuccedere pupillo non poteſt *d. leg.* 8. §. 1. *leg. Sed ſi plures* 10. *in princ. hoc tit. leg. Sciendum.* 70. *leg. ex hac illa parte* 227. §. 1. *de V. S.* tum quia in paterno teſtamento ſcriptus hæres non eſt; tum quia tanquam incerta omninò perſona jure. Pandect. nec hæres inſtitui, nec magis ſubſtitui potuiſſet. §. *Incertis.* 25. *Inſt. de leg. junctis* quæ latè dixi in *Academica* ad *eum* §. *obſerv.*

Ex generaliter itaque concepta ſubſtitutione 28
ad impuberis hæreditatem ſolum vocantur, qui in paterno teſtamento hæredes ſcripti fuerunt, & extiterunt, nec refert an primo, an verò ſecundo gradu hæredes ſcripti fuerint, ut pone vulgariter ſubſtituti, ſi adveniente caſu ſubſtitutionis parenti hæredes extiterint, ad impuberis hæreditatem vocantur, tanquam expreſſo parentis judicio inſtituti, à qua tamen omnino excluduntur primo gradu ſcripti, qui paternam repudiarunt hæreditatem *d. leg.* 34. §. 1. *hoc tit.* conducit ab argumento text. in *leg. ſi plures.* 98. *de leg.* 3. Similiter ſi parens, cum impuberes duos liberos haberet, alii verò generaliter ſubſtituerit, ſi nominatim ſubſtitutus impuberis a patre inſtituti hæreditatem adquiſierit, & ſic patri etiam hæres extiterit, etiam ad ſubſtitutionem alteri impuberi generaliter factam admittitur, ut rectè cenſet Gofredus in *d. leg.* 34. §. 1. *hoc tit.* quia licet mediatè; ex parentis tamen judicio, ipſi etiam hæres extitiſſe cenſetur. *d. leg. paterfamilias.* 46. §. 1. *junctis* quæ pro ejus explicatione dixi *cum.* 13. *cum ſeq.* ſufficit autem quod quis parenti ex expreſſo ipſius judicio hæres extiterit ad hoc, ut ex generaliter conceptæ ſubſtitutionis cauſa poſſit ad impuberis hæreditatem admitti, & ſi quo tempore pupillus decedat, patris hæres jam eſſe deſierit, quia ſemel ſubſtitutionis conditionem extitiſſe ſat eſt. *leg. in Subſtitut.* 31. *in princ. hoc tit.* ubi illud extat exemplum, veluti ſi aliquis ex hæredibus paterno teſtamento ſcriptis, poſtquam patris hæreditatem adierit, ex cauſa inofficioſæ querelæ, quæ adverſus eum pro parte mota

fuerit,

fuerit, ex poſtfacto hæres eſſe deſierit, non ideò ab inpuberis hæreditate repellitur, cui facta ſubſtitutio adhuc ſubſiſtit, ut plenius ſuo loco dicemus, & interim probat textus in *leg.* Papin, *§. Sed nec impuberis. 5. in fine de inoſſicioſo teſtam.* Nec tunc obſtat, quod victus hæres inofficioſi querela uumquam hæres fuiſſe retrofingitur *leg. cum qui. 21. §. ult. de inoff. teſtam. leg. Dominus 57. de uſufr.* hujuſmodi namque retrofictio ad ea ſolum, quæ juris ſunt, pertinet, non ad ea, quæ facti ſunt ex regula textus in *leg. 12. §. facti. 2. de captiv.* & hæredem adhuc victum inofficioſi querela aliquando de facto ſaltem hæredem fuiſſe verum eſt, quod ſufficit, ut generaliter conceptæ ſubſtitutionis conditio extitiſſe dicatur, cum in conditionibus non jus, ſed factum verſetur. *leg. qui hæredi 44. leg.* Mævius. *55, de C. & D.* ut eleganter docuit Pichard. in *lect. ad tit. de leg. 1. d. c. 9. n. 29. cum 5. ſeqq.*

Duplex aliud exemplum ſuppeditat Paul. in
29 *leg. ex facto 43. §. ult. hoc tit.* Primùm in eo, à quo fiſcus tanquam ab iodigno paternam eripuit hæreditatem, qui licet hæres eſſe non deſinat, quoad effectum hæreditatem amittit, nec à generaliter facta ſubſtitutione ſubmovetur, quod opportuniori loco inferius exponemus. Secundum in eo, qui poſtquam paternam acquiſivit hæreditatem, in ſervitutem redactus eſt, & ſic hæres eſſe deſiit, ſcilicet quoad effectum, qui vel manumiſſus ſuo arbitrio, vel ſervus perſeverans juſſu Domini ex generaliter conceptæ ſubſtitutionis cauſa poterit pupilli hæreditatem adire. Nec credat aliquis, Paulum in *d. §. ult. verſ. quinimo*, docere voluiſſe eum, qui poſt acquiſitam paternam hæreditatem ſervus effectus eſt, nomine etiam hæredem eſſe deſiiſſe ad ejus diſcrimen, à quo fiſcus tanquam ab indigno eripuit hæreditatem adverſus ea, quæ diximus *num. 27.* nam imo Paulus ipſe in textus fine, quod ſuperius dixerat, ſervum effectum hæredem eſſe deſiiſſe, ſic explicat, id eſt hæreditatem amiſiſſe, & in eo ſolum meo judicio diſcrimen conſtituit, quod ſervus effectus in effectu omnino hæreditatem amittit, indignus vero quamvis lucrum hæreditatis amittat, in damno ſæpè moratur, & quod ſui ipſius præjudicium adhuc cum effectu hæres eſſe intelligitur *leg. indigno 8. leg. cum qui 18. §. ult. de his quæ ut indign.* Nec his omnibus contradicit textus in *d. l. 31. §. 1. hoc tit.* ubi cum is, qui duos filios habebat, Gaium puberem, Lucium impuberem, ſic impuberi ſubſtituiſſet, ſi Lucius filius meus impubes deceſſerit, nec mihi Gaius filius hæres erit, tunc Sejus hæres eſto, ideo ad impuberis mortem ſubſtitutionis conditionem referendam: & ita demum pupillari ſubſtituto locum eſſe, ſi quo tempore pupillus deceſſerit, Gaius Sejus hæres non ſit juxta. Prudentum interpretationem Julianus reſpondet, quia conditio illa nec mihi Gaius filius erit hæres, accipienda ſic eſt, nec mihi Gaius filius per mediam impuberis perſonam hæres erit, ſivè quod idem eſt, nec impuberi Gaius filius hæres extiterit, argum. text. in *in d. leg. 46. hoc tit.* propter vèroſimilem parentis voluntatem, qua jura ſucceſſionis ab inteſtato cuſtodire, & puberem filium extraneo ſubſtituto præferri voluiſſe cenſeur, ut docet, quamvis obſcurè Cujac. ad Pandec. *in d. leg. 31. &* Duar. *ad noſtrum. tit. d. c. 15.*

Secunda pupillaris ſubſtitutionis ſpecies illa eſt, quæ tacita dicitur; nam etſi directa, om- 30
nis inſtitutio, ac proinde tam pupillaris, quàm vulgaris ſubſtitutio directa, expreſſaque verba requirant, nec ex eonjecturata defuncti voluntate poſſint induci èx dictis *num. 15.* quibus non opponuntur textus in *leg. Titius 24. cum leg. ſeq. de hæred. inſtit.* quos expoſuit deſtrè Piehard. in *lect. ad noſtrum tit. cap. 19. num. 91. cum aliquibus ſeqq.* propter pupillorum tamen utilitatem, quorum intereſt maximè teſtamentarium hæredem habere Imperatorum Marci, & ſeveri conſtitutione cautum, introductumque eſt, ut ſi parens impuberi filio in 1. non acquiſitæ hæreditatis caſum, id eſt vulgariter ſubſtituerit hoc ipſo in ſecundum etiam caſum acquiſitæ hæreditatis, & mortis, id eſt, pupillariter ſubſtituiſſe intelligeretur, id eſt ut in vulgari ſubſtitutione expreſſa impuberi filio facta tacita pupillaris ſubſtitutio poteſtate conſtitutionis contineatur propter conjecturatam parentis voluntatem, qui non ſibi magis, quam impuberi filio proſpexiſſe, & in utrumque caſum ſubſtitutum vocaſſe cenſendus eſt. *leg. Jam hoc jure 4. in princ. hoc tit. leg. quamvis. 4. C. de impuber, & aliis ſubſt.* Quod itaque ſimplicem vulgarem eſſe ſubſtitutionem, ſeu primum dumtaxat non adquiritæ hæreditatis caſum continere in *leg. 1. §. 1. hoc tit.* Modeſtiuus ſcribit, ſic explicandus eſt, ut ſcilicet vulgaris ſubſtitutio ſui natura ſimplex ſit, & ſolum non acquiſitæ hæreditatis caſum continera, præterquamquod ſi impuberi filio fiat, tunc enim duplex eſt, & utrumque caſum complectitur ſola conſtititionis poteſtate; quod quidem vulgaris ſubſtitutionis naturam non mutat, quia qualèquidque ſit, non ex accidenti, ſed ex natura, & ſubſtantia debet æſtimari *leg. 3. §. 1. de tutel.* ut latè, & doctè tradit cum pluribus Pichard. *ubi nuper. cap. 4. num. 26. melius quam* Petrus Barboſa in *d. leg. 1. hoc tit. & num. 7.* Verum hæc Imperatorum conſtitutio ceſſat, ubi contraria teſtatoris voluntas apparuerit, veluti ſi parens vulgariter unum, & pupillariter alium ſubſtituerit, tunc vulgaris ſubſtitutio ad pupillarem nou protrahitur. *leg. cum ex filio 39. §. 1. hoc tit.* quod arguit omnino vulgarem ſubſtitutionem ſola conſtitutionis poteſtate, non ſecundum teſtatoris verba, pupillarem continere, alioquin in *d. leg. 39. §. 1.* impubere mortuo filio utrique ſubſtituto locus eſſet argum. text. *in leg. 51. alii 19. de uſufr. leg.* Unde quia pupillaris ſubſtitutio pupillis periculoſa eſſe poteſt, ſi is qui ſubſtitutus eſt, mortuo parente ſe eſſe ſubſtitutum cognoſcat, poteſt namque hereditatis ſpe ad affectandam pupilli mortem impelli, ſicuti in jure ſtatutum eſt pupillum regularirer apud ſubſtitutum educari non poſſe, *leg. 1. §. 1. ubi pupill. educ. deb.* argum. textus *in leg. 2. cod. eod. tit.* Sic & à prudentibus conſultum eſt parentibus, ut in primis teſtamenti partibus vulgarem ſubſtitutionem faciant, pupillarem autem in inferioribus partibus ſcribant, & in priore teſtamenti parte eaveant, nè pupillares tabulæ ante pupilli obitum aperiantur, ut conſtat ex Caio *lib. 2. Inſtit. tit. 4. §. pupillaris 2. verſ. ſed pupillaris*, Paulo in *leg. ult. ad Trebell.* & Juſtin. *in §. ſin autem. 3. Inſtit. de pupill. aut etiam* ſecundas tabulas ſeorſim ſignatas relinquant, quas hoc ipſo, antequam pupillus deceſſerit, aperiri prætor nou ſinit, *leg pupil-*

lares. 8. *qvem. teſt. apertr.* quorum alterutro facto id parentes aſſequuntur, ne poſt eorum mortem inſidiarum periculis pupilli ſubjaceant, quia cum ex priore teſtamenti parte conſtet aliquem in ſecundis tabulis eſſe pupillariter ſubſtitutum, nihil certi ſibi de pupilli ſucceſſione promittere vulgaris ſubſtitutus poteſt, cum ignoret omnino, an ipſe, an alius ſecundis tabulis fuerit ſubſtitutus & ſi ſubſtitutus alter ſit, vulgaris ſubſtitutio pupillarem continere non poſſit ex *d. l.* 39. §.

Verum licet tacita ſit pupillaris ſubſtitutio in
31 vulgari poteſtate conſtitutionis contenta, quæ tamen in reciproca, aut compendioſa continetur, expreſſa eſt ſaltem verbis generalibus, quod ut percipiatur, repetendum eſt, quod dixi *num.* 4. reciprocam ſcilicet, aut compendioſam ſubſtitutionem impuberibus liberis in poteſtate exiſtentibus factam non modo vulgarem, ſed pupillarem ſubſtitutionem comprehendere, quæ ambæ expreſſæ perinde ſunt quoad omnes juris effectus ac ſi fuerint ſpecificis verbis conceptæ *d. l.* 45. *hoc tit.* cum aliis adductis *d. n.* 4. Sed tunc graviter obſtat textus in *leg.* 4. §. 1. *hoc tit.* ubi jus Divorum Marci, & Veri conſtitutione introductum ad reciprocam etiam ſubſtitutionem ex conſtitutione Divi Pii extenſum fuiſſe refert Modeſtimus: ergo in reciproca contenta pupillaris ſubſtitutio tacita non minus eſt, quàm quæ in vulgari continetur. Reſpondeo ex ſententia Antonii Goveani in *d. leg.* 4. & Petri Barboſa in eod. textu *n.* 31. Divum Pium, qui ante Marcum, & Verum imperavit, conſtituiſſe, ut reciproca ſubſtitutio facta per commune illud verbum *eoſque invicem ſubſtituo* duas vulgares, & pupillares duas generalibus verbis expreſſas ſubſtitutiones comprehenderet hoc autem jos poſt Divorum Marci, & Veri conſtitutionem ad illam etiam reciprocam ſubſtitutionem extenſam fuiſſe, quæ ſub forma vulgaris in hunc modum concipitur, ſi hæredes non erunt, eos invicem ſubſtituo, quæ duas etiam pupillares, tacitas tamen ſubſtitutiones, non ex Divi Pii, ſed ex Divorum Marci, & Veri conſtitutione continebit. Reciproca autem hæc ſubſtitutio eas dumtaxat ſubſtitutiones comprehendit, quarum omnes, & ſinguli liberi capaces exiſtunt, *d. l.* 45. *hoc tit.* argum. textus in *d. leg.* 4. *C. de imp. & aliis ſubſt.* ut ecce impuberibus liberis exhæredatis facta pupillares, non etiam vulgares ſubſtitutiones continebit, ut advertit Barboſa in *d. leg.* 37. *hoc tit. num.* 26. ex eadem ratione duobus filiis, quorum unus jam pubes, & impubes alius eſt, facta vulgares non etiam pupillares ſubſtitutiones comprehendit *d. leg.* 4. §. *ſed. ſi alter.* 2. *hoc tit.* ubi parenti ſuadet Modeſtinus ut tunc ſingulis liberis ſeparatim ſubſtituat, puberi vulgariter, & impuberi pupillariter, ne alioquin ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat voluntatis quæſtioné relinquat, quamvis ſeparatim ſic factis ſubſtitutionibus volgaris impuberi filio facta pupil. etiam continebit verum ne forſan aliqua volunt. quæſtio moveatur, melius eſſe concludit, ut parens impoberi filio ſpecialiter in utrumqoe caſum ſubſtituat ut explicat Barboſa in *d. leg.* 4. *n.* 39. *cum* 2. *ſeqq.* Aliquando, tamen reciproca hæc ſubſtitutio non uniformes, ſed diverſas circa perſonas eorũ, quibus facta eſt, continet ſubſtitutiones veluti ſi quis impuberem filium exhæredaverit, & duos alios jam puberes filios hæredes inſtituerit eoſque omnes invicem ſubſtituerit, reciproca hæc ſubſtitutio circa impuberem pupillaris eſt, circa jam puberes vulgaris, quia cum conſtet patrem ſingulis voluiſſe ſubſtituere, nec ſint filii earumdem ſubſtitutionum capaces, ſingulis in eum caſum, quo potuit ſubſtituiſſe cenſendus eſt ex regula textus in *leg. quoties* 12. *de reb. dub.* ut mirifice docuit Gothofredus ad noſtri tituli rubricam *n.* 18

Speciebus jam, & formulis pupillaris ſubſtitutionis præcognitis, ut ejus natura penitus di- 32
gnoſcatur, illud inveſtigandum ſupereſt, utrum ſcilicet pupillaris ſubſtitutio pùra, vel conditionalis ſit inſtitutio? In qua re dicendum eſt cum Cujacio ad *tit. C. de inſtit. & ſubſtit.* Pichard. in *lectur.* ad *noſtrum tit. d. cap.* 4. *num.* 50. & 53. & *cap.* 15. *ex num.* 35. Petro Barboſa in *d. leg.* 8. §. 1. *hoc tit. ex num.* 34. & Valentia *in Epiſtol. exercitat. ad* Anton. Fabr. *exercitat.* 6. *num.* 10. & *num.* 13. *cum duobus ſeqq.* pupillarem ſubſtitutionem ſui natura non conditionalem, ſed puram eſſe inſtitutionem, niſi ſub aliqua conditione, quæ ejus naturæ non inſit, à teſtatore concipiatur, veluti ſi noviſſimo impuberi decedenti, vel generalibus verbis ſit facta, ut expreſſè doce Ulpianus in *d. leg.* 8. *hoc tit.* & Paul. *lib.* 4. *ſent. tit.* 4. §. *ſubſtituere.* 17. & *ab* argumen. probat text. in *leg. ult.* §. 1. *verſ. ſed ſi ſub. condit. hoc tit.* & neceſſaria etiam juris ratio convincit, juxta quam conditiones quæ tacitè inſunt, etſi à teſtatore exprimantur, conditionalem inſtitutionem non faciunt *leg.* Cornelius 69. *de hered. inſtit. leg. verba hæc* 12. *de cond. inſtit.* at conditio illa ſi *impubes deceſſerit*, ex natura rei ineſt pupillari ſubſtitutioni, quæ cum pupilli teſtamentum ſit, ante ejus mortem exitum habere non poteſt, ergo conditionalem ſubſtitutionem non reddit. Hoc ipſum ſic à ſimili explicatur, ſic conceptam inſtitutionem ſi hoc teſtamento non infirmato deceſſero; Titius hæres eſto, conditionalem eſſe nemo dixerit, quia conditio illa ineſt natura rei: ergo nec condiiio illa ſi impubes deceſſerit ſubſtitutionem facit conditionalem. Rurſos, verba illa in id apponuntur, ot ſignificent, a pupilli demom morte ſubſtitutionem incipere, ad quod temporis ſpatium deſignandum ſolet ſubſtitutioni adjici articulos ille *tunc princ. Inſt. de pupill. cum ſimil. juncta leg.* 4. §. 1. *de* C. & *D.* ergo ſubſtitutionem conditionalem non faciunt, quemadmodum nec nepotis poſthumi iuſtimtin juxta Gaji formulam concepta in *leg.* Gaji. 29. *de lib. & poſt.* conditionalis eſt in veriori ſententia quam cum Anton. Fabro fundat Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tr.* 4. *cap.* 3. & *num.* 3. Sed nec magis verba illa ſi filius hæres erit, quæ in ſubſtitutione inſtituto filio facta aponi ſolent, conditionalem ſubſtitutionem efficiunt, quia conditio illa omninò neceſſaria eſt, & in caſum incipientis ſubſtitutionis, non poteſt non exiſtere, quod ſic oſtendo. Pupillaris ſubſtitutio non aliter effectum ſortitur, quàm ſi filius parenti ſupervixerit; ut notum eſt; ſed hoc ipſo quod impubes filius hæres inſtitutus patenti ſupervivat, non poteſt non ſuus, & neceſſarius hæres exiſtere, licet ſe abſtineat, quo etiam caſu pupillares tabulæ ſubſiſtunt. *leg. Si filius.* 12. *hoc tit.* ut ſuo loco dicemus: ergo conditio illa in incipientis caſum non poteſt non exiſtere, ac per conſequens ſubſtitutionem non reddit conditionalem, ut doctè argumentatur, Iluſt. Ramos in M. S. ad noſtrum *tit. cap.* 1 *n.* 25. *cum ſeq.*

33 Hæc eadem ſententia ex eo tandem confirmatur, quod in pupillaribus tabulis relicta legata, quamvis taciiam conditionem continean juxta textus ſic intelligendos in *l. Cohæredi.* 41. *§. Cohæres.* 6. *hoc tit. l.* 1. *§. id quod* 13. *l. In ratione* 11. *§. quod vulgariter.* 5. *ad l. Falcid. l. Ita tamen* 27. *§. a patre.* 4. *ad Trebell.* mortuo patre, quamvis vivo pupillo quoad effectum tranſmiſſionis cedunt *leg.* 1. *quando dies leg. ced.* etſi ſub expreſſa illa conditione relicta ſint, ſi filius ante pubertatem deceſſerit *l.* 7. *§. eractari* 5. *eodem tit.* junctis quæ latè dixi in *Academ. ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 5. *n.* 2. *cum* 3. *ſeqq.* ergo pariter pupillaris ſubſtitutio pura, non conditionalis eſt inſtitutio. Sed objici poteſt textus in *l. ſcævola* 76. *ad Trebell.* ubi cum pater impuberem filium hæredem ex aſſe ſcripſiſſet, eique in Codicillis pupillariter ſubſtituiſſet, docet ſcævola, popillarem ſubſtitutionem, quæ tanquam directa ſubſiſtere non poteſt, ut potè in codicillis facta. *l. quod per manus* 10. *de jure Codicill.* in fideicommiſſariam flecti, & matrem quæ ab inteſtato impuberi filio ſucceſſerit, ex fideicommiſſi cauſa teneri ſubſtitutis hæreditatem reſtituere. Progreditur, & aſſerit, quod ſi plures fuerint pupillo ſubſtituti dati, & in eiſdem codicillis in vulgarem caſum inter ſe invicem ſubſtitui, & ex ſubſtitutis unus vivo adhuc pupillu deceſſerit, ad hæredem fideicommiſſum non tranſmittit, imò totum fideicommiſſi emolumentum ad eos pertinet, qui ſuperſunt; tum ſic, en ubi fideicommiſſum, in quod inutilis pupillaris ſubſtitutio convertitur, revera conditionale, & in tranſmiſſibile eſt: ergo & ſecundis tabulis relictum legatum revera conditionale eſt, ac per conſequens pupillaris ſubſtitutio non pura, ſed conditionalis eſt inſtitutio. Reſpondendum tamen eſt fidei commiſſum illud, in quod inutilis pupillaris flectitur ſubſtitutio in *d. l.* 76. eſſe omninò conditionale, & ſic intranſmiſſibile, quia expreſſam illam continet conditionem, ſi impubes filius deceſſerit, quæ quidem ſi expreſſa non fuiſſet, fideicommiſſo non ineſſet. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, patrem poſſe ab ipſo filio impubere hærede inſtituto in eum etiam caſum, quo pubes jam factus decedat, fideicommiſſum relinquere, expreſſus textus in *d. l.* 41. *§. quod ſi.* 3. *verſ. nec aliud. & verſ. & ideo hoc tit.* ac per conſequens & ab hærede ipſius filii ex regula textus in *l. ſi fuerit.* 5. *§.* 1. *de leg.* 3. Nec contrarium probat textus qui ſubtiliſſimum Coſtam in *cap. ſi pater* 3. *part. verbo de filio ad filiam n.* 13. *& verbo interdum n.* 34. & Ant. Gomez 1. *var. cap.* 4. *n.* 12. decepit in *l. quod fideicommiſſum.* 93. *§. ult. l. præced. de leg.* 1. ubi ſolum aſſeritur, fideicommiſſum à legitimo pupilli hærede ſub illa conditione relictum, ſi impubes deceſſerit ex eo, quod ad pubertatem pupillus pervenerit, evaneſcere, non quia ultra eam jure relinqui non potuiſſet, ſed quia ita relictum fuit, ut uſque ad pubertatem valeret. Nec magis obſtat textus in *l. ab exhæredatis* 126. *verſ.* ergo *de leg.* 1. quem inferius forſitan explicabimus. Ex quibus jam apparet, quod cum fideicommiſſum vel ab ipſo impubere, vel ab ejus hærede poſſit etiam ultra pubertatem relinqui, ſua natura conditionem illam *ſi impubes filius deceſſerit* continere non poteſt, quæ ideò expreſſim appoſita reddit omninò fideicommiſſum conditionale. Unde cum in *d. l.* 76. fideicommiſſum, in qood inotilis pupillaris convertitur ſubſtitutio, vel à pupilo hærede inſtituto, vel à matre legitima ejus hærede ſub expreſſa illa conditione *ſi impubes deceſſerit*, relictum inveniatur, conditionale omnino, & in tranſmiſſibile eſt ex regula textus in *l. ſi pecunia* 12. *de leg.* 2. *cum ſimilib.* ad pupillaris ſubſtitutionis, & legatorum, quæ in ſecundis tabulis relinquuntur diſcrimen, ut eleganter textum in *d. l.* 76. expoſuit D. Ramos *d. cap.* 2. *n.* 13. *cum* 3. *ſeqq.*

Superiori denique ſententiæ opponi fortiter 34
poteſt textus in *l. ſi is qui* 11, *hoc tit.* ubi ſi in paterno teſtamento ſcriptus hæres pupillariter filio fuerit ſubſtitutus, docet Paulus, quod etſi paternam hæreditatem capere ex aliqua cauſa non potuerit, ad impuberis tamen hæreditatem admittitur, ſi ejus mortis tempore jam capere poſſit, & ex contrario, quod licet patris hæreditatem cum effectu acquiſierit, poteſt tamen pænas in pupilli teſtamento pati, id eſt ſi quo tempore pupillus deceſſerit, incapax effectus ſit, ejus hæreditatem non capit: ergo pupillaris ſubſtitutio nun pura, ſed conditionalis eſt inſtitutio. Probatur conſequentia nam ſi pura eſſet inſtitutio, paternæ mortis tempore inſpiceretur, an capere ſubſtitutus poſſet, etſi incapax tunc eſſet, quamvis decedentis pupilli tempore capax inveniretur, capere ejus hæreditatem non poſſet, & è converſo ſi tunc capere poſſet, etſi pupilli mortis tempore incapax effectus eſſet, ejus hæreditatem acquireret. Verùm licet ex eo textu, decretoriè probari pupillarem ſubſtitutionem conditionalem eſſe inſtitutionem exiſtimarit magnus quondam primarios anteceſſor, & Præceptor meus Dr. D. D. Joſepus Nunez de Zamora in *M. S. ad noſtrum tit. cap.* 2. *n.* 68. & plura alia fondamenta îngenioſè detexerit præcipuè *n.* 63. *cum* 2. *ſeqq.* quæ jam diſſolvi; cum tamen ejus ſcripta ad manus nondùm perveniſſent in *Academ. ad tit. quando dies leg. ced. d. cap.* 5. *n.* 2. *cum* 3. *ſeqq.* Reſpondendum eſt, Paulum in *d. l.* 11. de Cœlibe, orbo, vel latino exaudiendum eſſe, qui teſtamenti quidem factionem habebant; capere autem cum effectu hæreditatem non aliter poterant, quàm ſi intra centum dies cretionis legi paruiſſent, & recta juris ratione docere pupillaris ſubſtituti capacitatem, ſeu conditionem, non paternæ, ſed pupillaris mortis tempore ſpectari oportere; quia ubi de Cælibatus, orbitatis, aut latinitatis conditione tractatur, delationis hæreditatis tempus attenditur, etſi purè concepta ſit inſtitutio juxta textum ſic juxta inſcriptionem accipiendum in *l. non oportet* 52. *de leg.* 2. juncto D. Ramos, *lib.* 4. *ad l. Jul. & Pap. reliq.* 32. *n.* 15. ex pupillari autem ſubſtitutione quamvis pura ſit inſtitutio, non ex paternæ mortis tempore, ſed ex quo pupillus deceſſerit, hæreditas ſubſtituto defertur *l.* 2. *§. interdum* 2. *hoc tit.*

CAPUT II.

De his, quæ ad pupillarem ſubſtitutionem jure conficiendam requiruntur.

1 POſtquàm originem, ſpecies, formulas, & naturam pupillaris ſubſtitutionis inveſtigavimus, ſequitur, ut de ſubſtantialibus ejus requiſitis videamus, quorum primum illud eſt, ut ſcilicet liberi impuberes adhuc ſint, impuberibus, etenim dumtaxat, non etiam puberibus jam factis liberis pupillariter ſubſtituere parentes poſſe conſtat ex *l. 2. in princ. hoc tit. & §. ult. Inſt. de pupill.* & evidenti juris ratione demonſtratur; quia cum tota utilitatis ratio, propter quam pupillaris ſubſtitutio fuit recepta, in eo ſiſtat, quod ſcilicet filius tametſi morte patris ſui juris effectus impubes adhùc ex defectu ætatis condere ſupremum elogium non poſſit *l. 5. qui teſtam. fac, poſſ.* juncto D. Retes. 1. *opuſc. cap. 22. ex n. 29.* utile viſum eſt, ut pater pupillariter ei ſubſtitueret, & pro eo poſſet teſtari, evincitur omninò puberi jam facto filio pupillariter ſubſtituere patrem non poſſe, quia cum filius ætatem pupillarem egreſſus morte patris ſui juris effectus condere teſtamentum jam poſſit, paterna non indiget providentia; alioquin inducta in liberorum favorem pupillaris ſubſtitutio liberam eis teſtamenti factionem auferret, & in eorum præjudicium flecteretur contra vulgarem regula textus in *l. 6. C. de leg.* 2. pupillaris ſubſtitutionis requiſitum eſt, ut impuberes liberi in paternis ſacris exiſtant *d. l. 2. in princ. hoc tit. inſt. de pupill.* quia inducendæ pupillaris ſubſtitutionis ratio, pupillorum videlicet utilitas, patriæ poteſtatis, & perſonarum identitatis prætextu coboneſtatur. Hinc fœminæ, quæ jure civili liberos in poteſtate non habent. *l. illud 4. §. ad teſtam. 2. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. nulla 13. de ſuis, & leg. hæred. §. fœmina. 10. inſt. de adoption.* pupillariter ſubſtituendi facultatem non habent. Nec contrarium ſentit African. in vulg. textu in *l. ſi mater. 33. hoc tit. in princ.* in cujus ſerie variis interpretationibus omiſſis, in quibus impugnandis immorari non decet, nec libet, mater impuberi filio non pupillariter, ſed vulgariter ſubſtituit; ſic enim ſcripſit *filius cum annorum ſit 14. hæres eſto; ſi hæres non erit, Sempronius hæres eſto:* filium itaque ſub conditione ſi ad pubertatem perveniſſet, hæredem inſtituit, cum dies incertus in teſtamentariis diſpoſitionibus conditionis vicem gerat. *l. dies incertus 75. de C. & D. cum ſimilib.* & filio ſi hæres non eſſet, aut quod idem eſt, ſi ante pubertatem deceſſiſſet, Sempronium ſubſtituit; quæ quidem ſubſtitutio tanquam in primum non acquiſitæ hæreditatis caſum concepta vulgaris eſt, non pupillaris; in pupillaribus tamen tabulis facta dicitur ab Africano; tum quia pupillares tabulæ illæ etiam dicuntur, quæ ad pupillum hæredem ſcriptum pertinent, quamvis in eis pupillaris ſubſtitutio conſcripta non ſit, ut probat elegans, & ſingularis ad rem textus in *leg. Si mater. 11. in princ. de except. rei judic.* tum qua ſubſtitutio illa à matre impuberi filio facta in *d. leg. 33.* quamvis vulgaris revera ſit, ad pupillarem tamen proximè videtur accedere; quia quemadmodum pupillaris filio intra pubertatem decedente, vires obtinet, & eo perveniente ad pubertatem extinguitur, ſic & vulgaris illa filio intra pubertatem mortuo exitum ſortitur; eo autem pubere jam facto finitur. Verùm licet vulgaris illa ſubſtitutio ſpeciem quandam, & ſimilitudinem pupillaris contineat, ab ea tamen maximè differt cum pupillaris in caſum acquiſitæ hæreditatis facta fuerit, & pupillaris prætereà ſubſtitutus pupillo ipſi hæres exiſtat, & non modo paterna, ſed & â pupillo acquiſita omnia bona nanciſcatur *leg. Sed ſi plures. 10. §. ad ſubſtitutos. 5. hoc tit.* vulgaris tamen ille ſubſtitutus, de quo in *d. leg. 33.* non ipſi filio impuberi mortuo, ſed matri dumtaxat ſuccedit, ejuſque bona conſequitur, ut in effectu docent Cujacius tract. 2. *ad Afric. in d. leg. 33.* Duaren. *ad noſtrum tit. cap. 14.* Conanus 10. *comm. cap. 8. num. 8.* Coſta *in §. & quid ſi tantum. 1. par. ex num. 6. & in cap. Si pater det. teſtam. lib. 1. p. 1. verb. habens num. 3.* Oſſuald. 6. *comm. cap. 25. littera N. & cum aliis* Petr. Barboſa in *d. leg. 61. in prin. hoc tit. num. 61.*

2 Similiter ex patris poteſtatis defectu emancipato filio pupillariter ſubſtituere pater non poteſt. *d. leg. 2. in prin. hoc tit.* ad quam juris partem ſpectat text. *in leg. cum ex filio 39. in pr. hoc tit.* ubi cum avus filio de medio ſublato duos nepotes impuberes haberet, & eorum alterum in poteſtate, alterum emancipatum, & velit trumque ex æquis partibus hæredem inſtituere, etſi eorum aliquis impubes adhuc deceſſiſſet, ad alterum partem ejus transferre, ex conſilio Juriſconſultorum nepotem, quem in poteſtate habebat, ſolum hæredem inſtituit, & ab eo dimidiam hæreditatis, partem emancipato, cum is ad pubertatem perveniſſet, legavit, & ei qui erat in poteſtate pupillariter emancipatum ſubſtituit, quo facto ſiquidem ambo ad pubertatem perveniſſent, inter ſe ex æquis partibus hæreditatem dividerent; ſi verò is, qui erat in poteſtate impubes adhuc deceſſit; emancipatus ei ex pupillari ſubſtitutione ſuccedit, etſi emancipatus ad pubertatem non pervenerit, alter totam retinet hæreditatem, conſultum itaque deſiderio teſtatoris fuit, qui quodam modo emancipato alterum, quem in poteſtate habebat, pupillariter ſubſtituiſſe videtur, quatenus emancipato ante pubertatem decedente alter integram avi retinet hæreditatem, quamvis revera nulla emancipato ſubſtitutio facta fuerit, ſed ſolum dimidiæ hæreditatis partis legatum, cum ad pubertatem perveniſſet, fuit relictum, quod eo intra pubertatem decedente ex defectu conditionis penes eum, qui erat in poteſtate, tanquam hæredem inſtitutum remaneret: ſimilis igitur hujuſmodi cautio Africani conſilio eſt in *d. leg. 33. hoc tit. quæ antecedenti num.* expoſui, utraque tamen cautio ex eo defendi non poſſe videtur, quod filius in *d. leg. 33.* à matre hæres inſtitutus ſub conditione, ſi ad pobertatem pervenerit, interim dum pendet conditio præteritus eſt, ac proinde inofficioſi querelam poterit exercere, cum matris præteritio non minus quam patris exhæredatio inofficioſi querelæ locum faciat, *leg. ſi inſt. intra 27. §. ult. de inoffic. teſtam. §. ult. Inſt. de exhæred. lib.* teſtamento autem per inofficioſi quærelam reſciſſo filii inſtitu-

tio, & vulgaris ei facta ſubſtitutio penitus evaneſcunt, & inane redditur Africani conſilium. Similiter emancipatus nepos in *d. leg.* 39. nec inſtitutus fuit, nec exhæredatus, ſed præteritus, & ſic quamvis ipſi dimidia hæreditatis pars fuit legata, potuit contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere ex regula textus in *leg. Ita tamen.* 27. §. *qui rogatus.* 12. *ad Trebell.* qua petita ſtatim non expectata pubertate dimidiam hæreditatis partem irrevocabiliter auferret, & ſpem pupillaris ſubſtitutionis amitteret argumen. tex. in *leg. Si quis* 12. *hoc tit.* totamque à conſultis ex cogitatam cautionem ſubverteret.

3 Priori difficultati reſpondent Coſta in *d.* §. *& quod ſi tantum* 1. *pr. num.* 69. *cum ſeq.* Petr. Barboſa in *d. leg.* 2. *in prin. hoc tit. num.* 56. *& ſeqq. &* D. Retes in *adverſ. de inoffic. teſtamen. num.* 11. *cap.* 18. ſummo ingenio Africanum in *d. leg.* 33. propoſuiſſe filium ex aſſe hæredem inſtitutum ſub conditione ſi ad pubertatem perveniſſet, & ſic inofficioſi querelam excluderet, quæ adverſus hæredem teſtamento ſcriptum exerceri ſolum poteſt poſt aditam hæreditatem. *leg.* Papin. 8. §. *ſi conditioni* 10. *de inoffic. teſtamen.* cum ergo filius nec cohæredem habuerit, nec transferre ad ſubſtitutum hæreditatem potuerit, cujus adeundæ, vel repudiandæ pendente conditione jus non habet *leg. Is qui hæres.* 13. *de aliqua hæreditate*, quamvis interim à matre præteritus inveniatur, exercere inofficioſi querelam non poteſt. Verum etſi fatear in Africani terminis, in quibus filius ex aſſe ſub conditione proponitur inſtitutus, ex defectu contradictoris controverti de inofficioſi quærela non poſſe; crediderim tamen, ejus conſilium æquè procedere, etſi à matre ſub illa conditione inſtitutus filius cohæredem habuiſſet, moveor ex eo, quod filius ita demum per inofficioſi querelam poteſt maternum teſtamentum reſcindere, ſi in eo præteritus inveniatur, ſed ubi ſub conditione hæres inſtitutus eſt, adhuc pendente conditione præteritus dici non poteſt: ergo etſi cohæredem habeat, interim inofficioſi querelam exercere non poterit. Aſſumptam ſic probo: Ubi filius ſuus hæres ſub caſuali, vel mixta conditione ſit exhæredatus ideò ipſo jure inutile teſtamentum reddit, quia in defectum conditionis præteritus invenitur, alioquin etſi maximè in defectum conditionis eſſet exhæredatus inutile teſtamentum efficeret, ac per conſequens filius à matre ſub conditione hæres inſtitutus, in[illegible]um pendet conditio, præteritus, dicen[illegible] eſt, & ſic quamvis cohæredem habeat, in[illegible] querelam exercere non poteſt. Idem [illegible] ex eo, quod emencipatus filius a pa[illegible]nditione hæres inſtitutus, interim dum [illegible] conditio, petere contra tabulas bonorum poſſeſſionem non poteſt. *leg.* 3. §. *ſed ſi ſub* [illegible] 12. *cum* 2. *ſeqq. leg. ſed ſub conditione.* 18. [illegible] *poſſeſſ. contra tabulas*, quam petere [illegible] poſſet, ſi pendente conditione præteritus [illegible]; ergo etſi filius ſub conditione [illegible] *leg.* 33. cohæredem habuiſſet, intendere [illegible]fficioſi querelam non poſſet, ac proinde [illegible] Africani conſilium æquè procedit, ſivè ex [illegible] ex parte inſtitutus filius proponatur.

4 Secundæ difficu[illegible]det Coſta, Raphaelem Cumanum ſec[illegible]. *Et quod ſi tantum* 1. *part. num.* [illegible] *ſeqq.* emancipato nepoti ideo quamvis præterito in *d. leg.* 39. contra tab. bonorum poſſeſſionem non competiiſſe, quia prætetitio non inofficioſe, ſed bona mente facta fuit. argument. textus in *in leg. ſi emancipatus.* 16. *de bon. poſſ. contra tab.* Quæ quidem ſolutio exeo facilè convincitur, quod tum demum præteritio bona mente facta dicitur, & contra tab. bonorum poſſeſſionem excludit, cum præteritus amplius commodum expetitur, quàm quod ex inſtitutione ſentiret, prout in terminis textus *in d. leg.* 16. *at in d. leg.* 39. emancipatus nepos præteritus minus compendium ex teſtamento conſequi poteſt, quàm quod ex inſtitutione perciperet, ut notum eſt. Melius Albericus; & alii antiquiores, quos ſequitur Petrus Barboſa in *d. leg.* 2. *hoc titulo ex num.* 66. reſpondent incommodum, quod præterito emancipato nepoti infertur in *d. leg.* 39. propter conditionale legatum compenſari non ſolum cum pupillari ſubſtitutione qua ipſe fratri ſuo fuit ſubſtitutus, ſed etiam cum ſpe dimidiæ hæreditatis partis acquirendæ in exiſtentis conditionis caſum, & reciprocam hujuſmodi compenſationem contra tabulas bonorum poſſeſſionem excludere argum. textus in *leg. Si pater puellæ.* 12. *C. de inoffic. teſt.* nam reciproca compenſatio ideò in *d. leg.* 12. *inofficioſi* querelam ſubmovet, qnia filia hæres inſtituta ex triente proponebatur; at in d. *leg.* 39. emancipatus nepos præteritus invenitur. His itaque ſolutionibus omiſſis, & aliis Petri Barb. ubi nuper *num.* 70. *circa finem*, & D. Retes *in adverſ. de bon. poſſeſſ. contra tabulas cap.* 4. *num.* 4. dicendum potius eſt ex ſent. Cujacii *ad Pand. in d. leg.* 39. Supponendum omninò eſſe in eo text. emancipatum nepotem exhæredatum fuiſſe, & ſic nec contra tabulas petere bonorum poſſeſſionem potuiſſe ex argumento textus in *leg. non putavit.* 8. *de bon. poſſeſſ. contra tabulas.* Nec magis inofficioſi querelam intendete, cum exheredatio non notæ cauſa, ſed bona mente facta fuiſſet. ut in *leg.* 5. §. *cum Pollidius.* 3. *de uſur. leg. multi* 18. *de liber. & poſth.* in id ſcilicet, ut dimidia hæreditatis pars ei legata eo intra pubertatem decedente apud ejus fratrem hæredem inſtitutum remaneret. Sed dices: Si emancipatus nepos in *d. leg.* 39. præteritus fuiſſet, petere contra tabulas bonorum poſſeſſionem potuiſſet, quia bona mente præteritus dici non poſſet, ut ſupra dicebamus: ergo in eiſdem terminis exhæredatus dicendus erit. Huic difficultati, quam Cujacius non prævidit, reſponderi poſſe exiſtimo, quod inofficioſi querela, quia extraordinarium, & odioſum remedium eſt, utpotè quod defuncti famam ſuggillat *leg.* 2. *de inofficio.* teſt. difficilius conceditur, quàm bonorum poſſeſſio contra tabulas & licet tum demum præteritus petere contra tabulas bonorum poſſeſſionem non poſſit, cum amplius commodum percipit, quàm quod ex inſtitutione ſentiret *d. leg.* 16. *de bonor. poſſeſſ. contra tabulas* minus tamen exigitur ad hoc, ut exhæredatus ab inofficioſi quærela removeatur; ſufficit namque non notæ cauſa, ſed ut filio conſuleretur, ex hæredationem factam fuiſſe; quamvis minus emolumentum ſentiat exhæredatus, quàm quod ex inſtitutione perciperet, ut in *d. leg.* 18. *de lib. & poſth.* emancipati itaque nepotis exheredatione ſuppoſita rectè coconſultorum cautio procedit in *d. leg.* 39.

5 Sed licet his dummxat liberis, qui ſunt in poteſtate, fieri pupillarem ſubſtitutionem certum apud omnes ſit; illud tamen valde controverſum eſt, utrum ſcilicet paternæ mortis tempore in poteſtate filium eſſe ſufficiat, an verò eo etiam tempore, qoo pupillaris ſit ſubſtitutio, in poteſtate exiſtere opus ſit? & quidem cum Donello 6. *comm. c.* 25. Duareno *ad noſtrum tit. cap.* 14. Petro Barboſa *in d. leg.* 2. *hoc tit. ex num.* 96. aſſerendum eſt utroque tempore faciendæ ſcilicet ſubſtitutioois, & paternæ mortis filium in poteſtate eſſe opportere ad hoc ut pupillaris conſiſtat ſubſtitutio. Quæ ſententia ſic a ratione probatur. Extreneo facta pupillaris ſubſtitutio ab initio inutilis prorſus eſt *d. §. ult. Inſt. de pupill.* ergo etſi mortis tempore extraneus ſit in poteſtate, ex poſtfacto convaleſcere non poteſt, ex *vulg.* regula textus in *leg. quod initio* 29. *&* *in leg. pen. de* regul. *juris ab* authoritate prob. tum ex *d. princ. Inſt. de pupill.* ubi conficiendæ ſubſtitutionis tempore patriam poteſtatem Juſtinianus deſiderat, tum & expreſſius ex *d. leg. cohercdi* 41. §. cum filis. 2. *hoc tit.* ubi ſic Papinianus loquitur, *ſi quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia ſubſtitutio pupillaris ſit irrita*, quibus verbis ut ſuadet dictio illa *quoque* duplici tempore patriam poteſtatem expoſcit, teſtamenti ſcilicet ut conſiſtat ſubſtitutio, & mortis, ut effectum habeat argumento textus in *leg, Si alienus.* 44. §. 1. *de hered. inſt.* §. *in extraneis.* 4. *Inſt. de hered. qualit. & differ.*

6 Eandem ſententiam firmat noviter nunc intelligendus textus, qui ei vulgariter ſolet opponi in *d. leg.* 2. *in princ. verſ. ſed ſi extraneum hoc titulo* ubi docet Ulpianus quod ſi extraneum quis impuberem hæredem ſcripſerit, poteſt ei pupillariter ſubſtituere, ſi modo eum adoptaverit, vel adrogaverit: ergo non obſcurè ſentit ita demum pupillarem ſubſtitutionem conſiſtere, ſi ejus faciendæ tempore extraneus jam adoptatus, aut adrogatus inveniatur; ſin autem quæratur, quonam modo evenire potuerit, ut extraneus hæres inſtitutus ante factam pupillarem ſubſtitutionem adoptatus fuerit, aut adrogatus? reſpondent jam laudati ſententiæ noſtræ aſſertores, quod com poſſit parens prius ſibi teſtamentum facere, & poſteà ex intervallo pupillarem ſubſtitutionem Ordinare *Siquis eum.* 16. §. *hoc tit.* potuit utique extraneum, quem ſibi hæredem ſcripſit, priuſquam ei pupillariter ſubſtitueret, adoptare, vel adrogare. Hæc tamen interpretatio etſi magno hactenus plauſu in ſchola noſtra recepta, ſi rectam juris rationem, attendimus, meo judicio ſubſtinenda non eſt, nam patriæ poteſtatis qualitas, quæ ad valorem pupillaris ſubſtitutionis exigitur, paterni teſtamenti tempore fuit extranea, quamvis ſecundarum tabularum tempore jam adoptato, vel adrogato pupillaris facta ſubſtitutio inutilis prorſus eſt. Antec. probatur. Sicuti Codicilli pars ſunt teſtamenti, ſic & ſecundæ tabulæ principalium tabularum partem obtinere videntur *leg. ſicut.* 11. *quemadmodum teſtam. aper.* quemadmodum quæcumquæ in Codicillis ſcribuntur, perinde habentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent. *l.* 2. §. *Codicillorum.* 2. *de jure Codicill.* Sic & quæ pupillaribus tabulis ſcribuntur in primis ſcripta cenſeutur *d. l.* 4. §. 6. *hoc tit. cum ſimilib.* Sed quia codicilli pars ſunt teſtamenti, & io eis ſcripta perinde æſtimautur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, licet à teſtamento ſeparatim fiant, qualitatem, quæ ad alicujus actus conſiſtentiam deſideratur, non modò codicillorum, ſed & teſtamenti tempore adeſſe requiritur. Expreſſus textus in *d. leg.* 2. §. 2. *de jure Codic.* ubi ad hoc ut dicta libertas codicillis relicta ſubſiſtat, non ſufficit codicillorum tempore proqrium eſſe, imò tam teſtamenti, quàm codicillotum tempore teſtatoris proprium eſſe requiritur: ergo ex eadem ratione licet pupillares tabulæ ſeparatim à principalibus fiant, cum tamen principalium pars ſint, patriæ poteſtatis qualitas, quæ ad valorem pupillaris ſubſtitutionis exigitur, non modo ſecundarum tabularum; ſed & paterni teſtamenti tempore debet adeſſe, ac per conſequens etſi ex intervallo pupillares tabulæ fiant, paterni teſtamenti tempore extraneo, quamvis ſecundarum tabularum tempore jam adoptato, vel adrogato pupillaris facta ſubſtitutio inutilis omnino eſt.

Dicendum itaque exiſtimo, Ulpiani ſenten- 7
tiam in *d. leg.* 2. *in primo verſ. ſed ſi extraneum hoc. tit.* de eo caſu accipi debere, quo non ſeparatim, ſed ſimul cum paterno teſtamento pupillares tabulæ fiunt, ita ut teſtator dum condere teſtamentum cæpit, extraneum hæredem ſcripſerit, & teſtamenti ſcripturam interrumpens eum adoptaverit, vel adrogaverit moxque cum teſtamentum perficeret, etiam adoptato, pupillariter ſubſtituerit, in quibus terminis efficax ideò pupillaris eſt ſubſtitutio, quia cum noo ſeparatim, ſed ſimul cum paterno teſtamento fuetit ordinata, & ante factum teſtamentum extraneus hæres inſtitutus teſtatoris poteſtati ſubjectus eſſe cæperit, verum eſt patriæ poteſtatis qualitatem mon mortis modo, ſed & paterni teſtamenti ordinandi tempore interveniſſe; quæ quidem noſtra intelligentia elegantiſſimo exemplo poſſet illuſtrari ex text. in *leg.* 1. §. 1. *de regula Caton.* quem ſubtiliter exponit, & cum *leg. cætera* 41. §. *tractari* 2. *de leg.* 1. *&* [*ſed ſi rem.* 10. *Inſt. de leg.* mirificè conciliavit Marcus Lyclama *lib.* 6. *memb. eclog.* 6. Si dicas, unico contextu, nolloque actu extraneo interveniente fieri teſtamentum oportere, alioqin inutile eſſe *leg. heredes* 21. §. *ult. qui teſtam. fac. poſſ.* §. *ſed cum paulat.* 3. *Inſt. de teſt.* & ſic adoptionem, vel adrogationem tanquam à teſtamento penitus alienam inter ejus ordinationem factam ipſius teſtamenti jus Vitiaſſe: facile reſpondebo, quod dicitur unico contextu ordinari teſtamentum debere; non eo pertinet, ut teſtator unico contextu ſcribere teſtamentum teneatur, cui potius teſtamenti ſcripturam ſæpius interrumpere liberum eſt, ſed ſolum ad jam facti teſtameoti obſignationes, & ſubſcriptiones, qoæ uno, eodemque tempore peragendæ ſunt, ut colligitur ex *d. leg.* 21. §. *ult. qui* teſt. *fac. poſſe.* & expreſſius deciſum extat in *leg. hac conſultiſſima.* 21. *verſ. In omnibus. C. de teſtamen.* ut plures Inſtitutionum interprete obſervarunt in *d.* §. 3. *Inſt. de teſtamen.* ac proinde inter teſtamenti ordinationem factam adoptionem, vel adrogationem in *d. leg.* 2. *verſ. Sed ſi extraneum.* non ſolum ipſius teſtamenti jus non viriaſſe, ſed & in cauſa fuiſſe, ut pupillaris conſiſteret ſubſtitutio.

Verum adverſus bujuſmodi ſentenitam ſic 8
ſundatam illud occurrit, quod extraneo facta

pupillaris ſubſtitutioejus poſteà adoptione, vel adrogatione ſecuta convaleſcit: ergo patriæ poteſtatis qualitatem, quam pupillaris expoſcit ſubſtitutio, paternæ mortis tempore interveſſe eſt. Antecedens probatur. Quisquis poſt factum teſtamentum adoptatur, vel adrogatur, quaſi poſthumus cenſetur argum. textus *in leg verum §. in princ. de injuſt. nupt.* §. 1. *Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* Sed licet is, qui in utero adhuc eſt, in patria poteſtate non ſit. *leg. ult. de collation. bonor. leg. ult.* §. 1. *de aſſign. libert.* Ei tamen pupillaris ſubſtitutio rectè fit *d. leg.* 2. *in princ. verſ. poſthum. is leg. paterfamil.* 46. *hoc tit. leg. libertis.* 18. §. *poſthumis* 3. *de alim. leg. aut leg. ult. de fideicommi. libert*: §. *non ſolum.* 4. *verſ. quæcumque Inſt. de pupill.* quinimò ei etiam qui teſtamenti tempore conceptus nondum eſt, ſi tamen ante patris obitum jam conceptus ſit, pupillaris ſubſtitutio facta conſiſtit argumen. textus in *leg.* 4. & 5. *de liber. & poſth.* ergo & extraneo facta pupillaris ſubſtitutio, ejus poſteà adoptione, vel adrogatione ſecuta convaleſcit. Cui difficultati reſpondendum eſt, quod licet is qui in utero eſt, revera in paterna poteſtate non ſit, quia in his omnibus, que ejus utilitatem concernunt, jam natus; & quaſi exiſtere in patria poteſtate cenſetur. *leg. qui in utero.* 7. *leg. qui in utero.* 26. *de ſtatu homin.* pupillaris ſubſtitutio, quæ honorificam utilitatem ſecum affert, ei rectè fit, quæ fieri etiam poteſt ei, qui teſtamenti tempore conceptus nondum eſt, ſi tamen mortis tempore conceptus jam ſit, iſque juxta naturam filius futurus ſperatur, eique tanquam filio conſiderato in id ſcilicet tempus, quo conceptum jam ſit, poteſt parens pupillariter ſubſtituere. Non idem de extraneo poſt pupillarem ſubſtitutionem ei factam adoptato, vel adrogato dicendum eſt, qui licèt ſemel adoptatus, vel adrogatus, quaſi poſthumus cenſeatur; ante adoptionem tamen, vel adrogationem nec in poteſtate futurus per naturam ſperatur, nec tanquam filius poteſt conſiderari, & ſic extraneo facta pupillaris ſubſtitutio tanquam ab initio ex defectu patriæ poteſtatis prorſus inutilis ex cauſa ſubſecutæ poſteà adoptionis, vel adrogationis convaleſcere non poteſt, ut cum judicio diſtinguit Petr. Barboſa *in d. leg.* 2. *hoc tit. num.* 106. *cum* 2. *ſeqq.*

Argui etiam ex eo contra ſuperiorem ſen-
8 tentiam poteſt, quod quemadmodum his ſolum liberis, qui ſunt in poteſtate, fieri pupillaris poteſt ſubſtitutio, ſic ex his dumtaxat utiliter qui poſt mortem ſubſtituentis recaſuri in alterius poteſtatem non ſunt, *d. le.* 2. *in princ. verſ. nepotibus hoc tit.* & tamen nepotibus à patre præceſſis facta pupillaris ſubſtitutio eorum patre ante mortem avi de medio ſublato, ideò conſiſtit, quia jam poſt obitum avi cadere in patris poteſtate non poſſunt imò ſui juris efficiuntur *d. leg.* 2. *in princ. verſ. ſed* 12. *eos. d. leg.* 41. *hoc tit.* §. 1. ergo ſimiliter patris poteſtatis qualitatem, quam pupillaris requirit ſubſtitutio, paternæ mortis tempore intervenire ſufficiet. Cui difficultati, ut ſatisfaciam, ſuppono avum nepotibus teſtamenti tempore non præceſſiſſe, & iis qui primum in familia gradum occupant, in poteſtate exiſtentibus, poſſe pupillariter ſubſtituere *d. leg.* 39. in princ. *hoc tit.* quod tamen hodie in Hiſpaniæ noſtræ regno non procedit, quia cum filius per matrimonium ſui juris efficiatur ex *leg.* 47. *tauri*, *quæ eſt lex.* 8. *tit.* 1. *lib.* 5. *nov. recop.* Nepotes ex eo matrimonio nati in avi poteſtate non ſunt, cum ab emancipato filio procreati videantur ex regula textus *in* §. *Illud autem* 9. *Inſt. quib. mod. jus patr. poteſt. ſolv.* quibus ideò ex patriæ poteſtatis defectu pupillariter ſubſtituere avus non poteſt; verum quia juxta prædictas Regni leges filius non ſtatim poſt matrimonium contractum à patris poteſtate liberatur; ſed ubi in facie Eccleſiæ ſacras benedictiones acceperit, uno ſaltem caſu etiam hodie pater nepotibus poteſt pupillariter ſubſtituere, ſcilicet ſi poſt matrimonium quidem contractum ante ſacras tamen benedictiones acceptas concepi fuerint, nec poſt mortem avi in patris poteſtare ſint recaſuri, ut ex Pragmat. obſervarunt Gregor. Lopez *in leg.* 1. *tit.* 5. *part.* 6. *gloſ.* 4. *in fin.* Anton. Gomez *tom.* 1. Var. *cap.* 4. *num.* 2. Azevedo in *d. leg.* 8. *tit.* 1. *lib.* 5. *nov. recop. num.* 21. *cum ſeq.* & ex Theoricis Petr. Barboſa in *d. leg.* 2. *hoc tit. num.* 72. & D. Retes *ſub* 3. *opuſc. ad lib. ſingul. quæſt.* Scæv. *in leg. ult.* §. *ult. hoc tit. num.* 1. Romanorum autem communi jure inſpecto nepotibus etiam teſtamenti tempore à patre præceſſis avus pupillariter poteſt ſubſtituere, & ſic demum efficax ſubſtitutio eſt, ſi ante mortem avi eorum pater de medio ſublatus fuerit, *d. leg.* 2. *verſ. Sed ſi eos hoc tit.* argumen. text. *in leg.* 1. §. *ult. de teſtam. tut.* alioquin ſi quo tempore avus decedit, pater in poteſtate adhuc ſit, nepotes qui mortuo avo ſui juris non fiunt, ſed in patris cadunt poteſtate, *leg.* 5. *de his qui ſunt ſui, vel alieni jur. princ. Inſtit. quib. mod. jus patr. poteſt. ſol.* ex avi teſtamento hæredem habere non poſſunt, cum filii familias ſint, nec cum teſtamento poſſint decedere. *leg.* 6. *qui teſtamen. fac. poſſ.* juncto D. Retes. 1. *opuſc. cap.* 12. *ex num.* 8. & pupillaris ſubſtitutio in id ſolum fuerit introducta, ut impuberes liberi parentis morte ſui juris effecti ex paterna providentia teſtamentarium hæredem ſortiantur. Quibus ſuppoſitis, omiſſa ſolutione Coſtæ in *d.* §. *& quod ſi tantum.* 4. *parte num.* 14. *cum* 2. *ſeqq.* & Petri Barboſa *in d. leg.* 2. *hoc tit. num.* 109. *cum ſeq.* Superiori difficultati reſp. quod pupillaris ſubſtitutio nepotibus à patre præceſſis facta tota in id tempus confertur, quo patre de medio ſublato ipſi primum gradum cæperint occupare, & ſic perinde æſtimatur, ac ſi nepotibus jam ſuis; nec teſtamenti tempore præceſſis facta fuiſſet, quod ſic oſtendo: Ita demum nepotibus à patre præceſſis poteſt avus pupillariter ſubſtituere, ſi eos juxta *leg. Vellejam* ex tunc hæredes inſtituerit, vel exhæredaverit, cum ante mortem avi jura ſuitatis adepti fuerint. *d. leg.* 2. *verſ. Sed ſi eos hoc tit*, argumen. textus in *leg. ſi hæreditas.* 10. §. *qui filium* 2. *de teſtam. tut.* ut poſteà latius dicemus; ſic autem inſtituti, vel exhæredati nepotes jam ſui teſtamenti, tempore conſiderantur, poſtumi nepotis exemplo, qui juxta Aquilii Galli formulam inſtitutus tanquam ſuus teſtamenti tempore judicatur ex his, quæ docet Valentia 3. *illuſtr. tract.* 4. *cap. num.* 3. cum ergo inſtitutis, vel exhæredatis facta pupillaris ſubſtitutio æſtimanda perinde eſt, ac ſi jam ſui teſtamenti tempore facta fuiſſet, ac per conſequens tertium, hoc pupillaris ſubſtitutionis requiſitum, quod ſcilicet impuberes liberi primum gradum occupent in fa-

Digitized by Google

milia ad inſtar poteſtatis etiam teſtamenti tempore debet adeſſe.

10 Triplex autem hoc pupillaris ſubſtitutionis requiſitum, quod ſcilicet impuberes ſint liberi, in poteſtate exiſtant, primumque in familia gradum occupent, non modo in paganico, ſed & in militari teſtamento procedit; miles itaque quamvis militari jure teſtatur, nec puberibus liberis ſubſtituere pupillariter poteſt, nè alioquin ipſis ſui juris effectis libera teſtandi facultas auferatur, nec magis impuberibus liberis in poteſtate non exiſtentibus, quia pupillaris ſubſtitutio non militiæ præmio, ſed jure patriæ poteſtatis mandatur, argum. textus *in leg. Impuberi.* 40. *de admin. tutor*, ab authoritate hoc ipſum evincitur in *d. §. ult, Inſt. de pupill. ubi* aſſerit Juſtinianus quod extraneo, vel puberi filio pupillariter ſubſtituere nemo poteſt: ergo ne miles quidem & ex *leg. precibus.* 8. *C. de impuber. & aliis ſubſt.* ubi ad hoc ut miles impuberi filio poſſit pupillariter ſubſtituere, patriam poteſtatem Imper. expoſcunt, quibus fundamentis ſubnixi hanc tuentur ſententiam Coſta in *cap. Si datur. parte verb.habens* ex *num.*8. Petr. Barboſa *in d. leg.* 2. *hoc tit.* ex *num.* 75. Nec tunc refragatur textus in *leg. centurio.* 15. *hoc tit. leg. miles ita* 41. *§. miles & emancipato.* 4. *de teſtamento milit.* in quibus quod dicitur militem vel filio puberi, vel impuberi emancipato in acquiſitæ hæreditatis, & mortis caſum poſſe directo ſubſtituere, non ad pupillarem, ſed ad militarem ſubſtitutionem referendum eſt; poteſt namque miles ex privilegio extraneo cuicunque vel puberi filio in caſum aditæ hæreditatis, & mortis directè ſubſtituere *leg.* 5. *de teſtamento milit. leg.* 6. *in fin. C. eod. tit.* quæ quidem militaris directa ſubſtitutio à pupillari omnino differt, pupillaris ſubſtitutus non patri, ſed pupillo hæres exiſtit, ejuſque univerſa bona capit; at militaris directus ſubſtitutus non inſtituto hæredi, ſed ipſi militi teſtatori hæres fit cujus damtaxat bona nanciſcitur, ut ex prædictis juribus conſtat, & ex eo evidenter demonſtratur, quod alioquin ſi militaris diretus ſubſtitutus ipſi hæredi inſtituto in bonis ſaltem militis hæres exiſteret, à milite hæres inſtitutus vel partim teſtatus, & partim inteſtatus, vel cum duobus teſtamentis præcisè decederet, quorum utrumque abſurdum eſſe nemo non videt: de directa itaque militari, non de pupillari ſubſtitutione loquuntur textus in *d. leg.* 15. *hoc tit. & in d. leg.* 41. *§.* 4. *de teſtamento milit.* ut ex eorum litera manifeſtè conſtat, & docent Petrus Barboſa in *d. leg.* 15. *&* Anton. Faber. 15. *conject. cap.* 12. de eadem etiam militari directa ſubſtitutione intelligendum exiſtimo difficilem alioquin textum in *d. leg.* 10. *§. ad ſubſtitutos* 5. *verſ. niſi mihi hoc tit.* quem de pupillari parum conſpectè accipiendum credidit ſubtiliſſimus alioquin Coſta ubi ſupra n. 12.

21 Ex eadem ratione nepotibus à patre præceſſis pupillaris ſubſtitutio ab avo milite facta non aliter ſubſiſtit, quam ſi ante mortem avi eorum pater de medio fuerit ſublatus, argumento textus in *l.* 2. *de teſtam. tut.* tum quia efficere miles non poteſt, ut nepos, qui poſt ejus obitum in patris poteſtatem cadit, ex ſecundis adhùc tabulis hæredem habeat; tum quia ſi aliter pupillaris ſubſtitutio ab avo milite facta ſubſiſteret, poſt ejus mortem jure pupillariter filio ſuo ſubſtituendi pater fraudaretur, nè alioquin cum duobus teſtamentis filius decederet; militum autem, ſicuti & cæterorum privilegia porrigi ad alienam injuriam non oportet, ut aiebat Papin. in *d. l.* 40. *de admin. tutor.* fortiori ratione filius fam. miles in teſtamento militati jure confecto filio ſuo impuberi in poteſtate avi exiſtenti pupillariter ſubſtituere non poteſt, quinimo pupillaris ab ipſo facta ſubſtitutio tanquam ex defectu patriæ poteſtatis ab initio prorſus inutilis, quamvis prior ejus pater decedat, meo quidem judicio ex poſtfacto convaleſcere non poteſt ex dictis *num.* 5. Nec his omnibus opponuntur textus, quibus decepti plures antiquiores fuerunt in *d. l.* 41. *§.* 4. *verſ. nam etſi filio, & in l. Cum filius fam.* 28. *de teſtam. milit.* qui non de pupillari, ſed de directa militari ſubſtitutione loquuntur, ut præviderant Coſta in *d. cap. ſi pater* 1. *parte verb. pater ex n.* 12. Petr.Barb. in *d. l.* 2. *hoc tit. n.* 85. *cum ſeq.* & Anton. Fab. in *Pap. tit.* 13. *de tutel. princ.* 1. *illat.* 28. & ex eorum ſerie colligitur; nam in *d. l.* 28. cum filius fam. miles impuberi filio in avi poteſtate manenti ſubſtituiſſet, tutoreſque dediſſet, reſpondet Ulpianus ſubſtitutionem quidem valere; tutelæ autem dationem non valere; diſcriminis rationem ex eo deſumit, quod miles hæreditati quidem ſuæ, quam voluerit, ſubſtitutionem facere poteſt, alienum autem jus minuere non poteſt: prior rationis pars pupillari ſubſtitutioni non adaptatur, per quam non teſtatori, ſed impuberi ſucceditur, adaptatur tamen militari directæ ſubſtitutioni, per quam non filio hæredi inſtituto, ſed militari teſtatori ſucceditur, poſterior etiam rationis pars evincit non de pupillari, ſed de militari ſubſtitutione Conſultum diſſerere; nam in pupillari non minus viget, quam in tutelæ datione, ideò ſcilicet filiusfam. miles tutorem filio in avi poteſtate manenti dare non poteſt *d. l.* 41. *§. nec tutorem.* 2. *de teſtam. milit.* quia ſi tutelæ datio ſubſiſteret, jus avi minueretur, qui jam nepoti tutorem dare non poſſet, ſed ſimiliter ſi filiusfam. miles filio in avi poteſtate manenti poſſet pupillariter ſubſtituere, jus avi diminueretur, qui jam nepoti non niſi inutiliter pupillariter ſubſtitueret: ut ergo appoſita ab Ulpian. differentiæ ratio procedat, non de pupillari, ſed de directa militari ſubſtitutione ejus deciſio erit accipienda, de qua etiam intelligendus, qui eandem ſpeciem continet, textus in *d. l.* 41. *§.* 4. *verſ. nam etſi filio de teſtam. milit.* ut probatur tum ex eo quod Conſultus ſubſtitutionem illam ſimilem eſſe ſcribit ſubſtitutioni emancipato filio à patre milite factæ, quam non pupillarem, ſed directam militarem eſſe anteriori numero vidimus, tum quia docet, quod filio hæreditas avi acquiſita ad ſubſtitutum à patre milite datum non pertinet, quam ipſe omninò eſſet percepturus, ſi pupillaris eſſet ſubſtitutio. Illud tamen obiter admonendum duxi, quod inutilis ab initio pupillaris ſubſtitutio ex defectu patriæ poteſtatis à patre milite facta, ſi ex poſtfacto is, cui pupillaris ſubſtitutus datus eſt, in ejus poteſtatem pervenerit, ex novo, recentique militis judicio poteſt, tanquam tunc facta ſubſiſtere argumentis textus junctis, & ibi obſervant Doctores in *§. ſed & ſi quis.* 4. *inſtit. de militari teſtam.*

Quartum pupillaris ſubſtitutionis requiſitum illud eſt, ut ſcilicet parens ſibi juſtum teſtamentum faciat, alioquin ſi vel ſibi teſtamentum 22

non

non condiderit, vel non jure fecerit, inutilis ſubſtitutio eſt, *l. 1. §. ult. l. 2. §. quiſquis. 1. hoc tit. Ulp. in fragm. tit. 23. quemadmod. teſtam. rump. §. non aliter. 8. §. liberis. 5. Inſt. de pupill.* in quibus juribus evidens ejus rei ratio redditur, quia ſcilicet pupillaris ſubſtitutio, pars, & ſequela paterni teſtamenti eſt, quæ abſque eo tanquam principali conſiſtere non poteſt ex vulgari regula textus in *l. cum principalis. 178. de R. J.* Hinc præterito filio nonniſi inutiliter pupillaris fit ſubſtitutio, quia cum præteritionis vitium ipſo jure nullum paternum teſtamentum reddat *l. ſi filius. 7. l. inter cætera 30. de lib. & poſth.* nec etiam conſiſtere ſecundæ tabulæ poſſunt, ut itaque pater impuberi filio rectè in ſecundum caſum ſubſtituat, debet eum hæredem inſtituere, aut nominatim exhæredare, & inſtituto quidem filio quamvis ex legitima dumtaxat ei debita poteſt parens pupillariter ſubſtituere diſertus textus in *l. ex tribus. 26. C. de inoffic. teſtam.* Cujus ſententia hodierno etiam jure inſpecto procedit, ut docet Oſuald. *6. comm. Donell. cap. 25. litt. l.* quia licet ex conſtitutione Juſtiniani in *l. quoniam in prioribus. 32. C. eod.* quodcunque gravamen filio circa legitimam impoſitum ipſo jure tollatur; pupillaris tamen ſubſtitutio non oneri, ſed honori pupillo eſt *d. l. 42. de adq. hæred.* exhæredato etiam impuberi filio rectè pupillaris fit ſubſtitutio *d. l. 1. §. 2. d. l. 10. §. 5. hoc tit. Ulp. in fragm. tit. 23. quemadm. teſtam. rump. §. etiam. 7. d. §. 4. inſt. de pupill.* quia non ex inſtitutione, ſed ex jure patriæ poteſtatis derivatur, nec pupillo injuriam aliquam, imò honorificam affert utilitatem. Accedit, quod & in veriori ſententia quam ex profeſſo fundat Valentia. *3. illuſtr. tr. 3. cap. 4. per tot*; exhæredatio ſuperſtite adhuc parente filio jura ſuitatis non adimit, ſed poſt patris obitum, & aditam hæreditatem, dummodo per inofficioſi querelam teſtamentum poſteà reciſſum non fuerit: ſtat ergo rectè, quod pupillaris ſubſtitutio, quæ his dumtaxat fit, qui jura ſuitatis habent, exhæredato etiam fieri poſſit, tutoris exemplo, qui cum in teſtamento his ſolum, qui ſui hæredes ſunt, dari poſſit, *l. quo tutela. 73. §. 1. de R. I.* exhæredato tamen filio rectè datur *l. 4. de teſtam. tut.* Hoc ipſum ex eo confirmatur, quod ſuitatis jus in eo cui vel pupillariter ſubſtituitur, vel teſtamento tutor datur, in id ſolùm exigitur, ut ſcilicet ſui juris poſt parentis mortem fiat, nec in alterius poteſtatem cadat: ergo exhæredato, qui poſt parentis obitum ſui juris fit, non minus quàm inſtituto & tutor dari, & pupillariter poteſt ſubſtitui.

13 Hæc in filio tam antiquo, quàm novo jure procedunt, filiabus autem aut nepotibus teſtamenti tempore jam ſuis, quamvis præteritis, pupillaris facta ſubſtitutio utilis olim erat, ut indicat Ulpianus in *d. l. 2. in princ. hoc tit.* nec enim hujuſmodi perſonæ præteritæ nullum parentis teſtamentum reddebant, ſed ſolum incertam portionem ſcriptis hæredibus accreſcebant. *princ. inſtit. verſ. ſed non ita de exhæred. liberor.* quod tamen poſt novam Juſtiniani ſanctionem in *l. 4. C. de liber. præter.* aliter ſe habet. Poſthumis è contrario liberis nullo ſexus, aut gradus diſcrimine habito, non aliter quàm hæredibus inſtitutis, aut exhæredatis, antiquo etiam jure pupillaris ſubſtitutio rectè fiebat, quia præteriti agnoſcendo teſtamentum indiſtinctè rumpebant. *§. poſthum. 2. inſtit. de exhæred. liber.* Unde quia nepotes teſtamenti tempore à patre præceſſi, ubi ſuperſtite adhuc avo patre de medio ſublato jura ſuitatis nanciſcuntur, & 2. legis Velleiæ capite poſthumorum loco habentur, & præteriti teſtamentum rumpunt. *l. poſthumorum. 13. de injuſt. rupt. §. poſthumorum. 3. de exhæredat. liberor.* non aliter eis facta pupillaris ſiſtit ſubſtitutio, quam ſi vel inſtituti hæredes fuerint, vel exhæredati, ut diſertè Ulpian. reſpondit in *d. l. 2. in princ. verſ. ſed ſi eos hoc tit.* quod & in teſtamentariæ tutelæ terminis Conſultus ipſe decidit in *l. ſi hæreditas. 10. §. qui filium. 2. de teſt. tut.* quæ ut percipiantur, ſcire oportet, nepotes tametſi teſtamenti tempore à patre præceſſos, quamvis vivo avo fuiſſent jura ſuitatis adepti, olim ante legem Velleiam præteritos rumpere teſtamentum non potuiſſe, ſed admiſſos ſolum per jus accreſcendi ad certam portionem fuiſſe, nec à nepotibus teſtamenti tempore jam ſuis quidquam diſtaſſe, donec lex Velleia 2. cap. circa nepotes teſtamenti tempore jam ſuos illibatam priſci juris obſervationem reliquit; cavit autem, ut teſtamenti tempore à patre præceſſi, ſi quidem ante mortem avi patre de medio ſublato adepti jura ſuitatis fuiſſent, quaſi poſthumi cenſerentur, & ad inſtar poſthumorum præteriti teſtamentum rumperent, quia quemadmodum poſthumi nepotes per oblivionem præteriti cenſentur, & ea ratione agnoſcendo rumpunt teſtamentum, ſic & teſtamenti tempore præceſſi nepotes per oblivionem præteriti intelliguntur; credibile namque eſt, avum de præceſſis nepotibus non cogitaſſe, nec caſum illum ſpectaſſe, quo ipſi jura ſuitatis nanciſcuntur, quæ quidem oblivionis ratio in nepotibus teſtamenti tempore jam ſuis locum habere non poteſt. Juſſit itaque nepotes teſtamenti tempore præceſſos in eum caſum, quo vivo avo in patris locum ſuccedant, hæredes inſtitui, vel exhæredari, nè alioquin præteriti teſtamentum rumpant; hæc quidem vera ſecundi Velleiæ legis capitis ſententia eſt, quæ literaliter probatur ex d. *l. 13. de injuſt. rupt. l. Gallus. 29. §. ſeq. 13. de lib. & poſth. l. ſi quis filium 34. C. de inoffic. teſtam. d. §. 3. inſt. de exhæred. liber.* ut doctè animadvertunt Coſta in *§. & quid ſi tantum 4. part. ex n. 33.* & Cheſius, *1. interpr. ſub cap. 49. per integr. comment. ad textum in d. l. 29. §. 13. de lib. & poſth.* quorum ſententiam libenter exornarem, & ſimul plures alias Interpretum opiniones circa ſecundum Velleiæ legis caput impugnarem, ſi temporis, & inſtituti ratio pateretur. Hinc ergo provenit, quod ita demum, avus poteſt præceſſis nepotibus pupillariter, ſubſtituere, ſi eos hæredes inſtituerit, vel exhæredaverit; quia cum præteriti rumpant teſtamentum, ipſis præteritis facta conſiſtere pupillaris non poteſt ſubſtitutio.

Ex quibus iterum explicandus eſt textus in *d. l. 2. in princ. verſ. ſed ſi extraneum hoc tit.* ubi ideò eum, qui in locum nepotis à teſtatore fuit adoptatus, vel adrogatus filio præcedente hæredem inſtitutum Ulpianus proponit, ad hoc ut pupillaris facta conſiſtat ſubſtitutio, quia alioquin præteritus, ubi ſuus hæres efficeretur juxta l. Velleiam teſtamentum rumperet, nec conſiſtere pupillares tabulæ poſſent, ut docet Coſta in *d. §. & quid ſi tantum. 4. part. n. 23. cum 2. ſeqq.* Cujac. ad Pand. in *d. l. 2.* Duaren. ad *noſtrum tit. d. cap. 14.* & Petr. Barb. in *d. l. 2. n. 102. cum* 14

ſeqq. qui eleganter animadvertit, tunc ſolum Ulpiani ſententiam procedere, cum nepos fuit adoptatus, tanquam ex præcedente filio natus; nam ſi vel tanquam ex jam mortuo, vel quaſi ex incerto filio ſuſceptus fuerit adoptatus, juxta terminos textus *in l. adoptiones.* 43. *cum l. ſeq. l. adoptare* 37. *de adoption.* impunè præteriri potuiſſet, ut potè jam ſuus teſtamenti tempore, & ei quamvis præterito potuiſſet avus pupillariter ſubſtituere. Unde infero 1. *in d. verſ. ſed ſi extraneum*, non poſt factum principale teſtamentum, prout falsò Barb. & communiter Doctores exiſtimant, ſed ante illud potius perfectum extraneum hæredem ſcriptum fuiſſe in locum nepotis adoptatum juxta novam noſtram interpretationem *num.* 7. ſupra traditam, quam nunc ſic convincenter probo. Si adoptio poſt principale perfectum teſtamentum in ſpecie *d. verſ. ſed ſi extraneum* ſuperveniſſet, nihil ſanè intereſſet, an nepos tanquam ex filio præcedente natus, an verò tanquam ex jam mortuo, vel incerto filio ſuſceptus fuiſſet adoptatus; utroque namque caſu præteritus teſtamentum rumperet, nec ei præterito pupillaris facta ſubſtitutio utilis eſſet, quia licet olim adoptivus nepos teſtamenti tempore jam ſuus naturalis nepotis exemplo præteritus nullum teſtamentum non redderet, poſt factum tamen teſtamentum in locum nepotis tanquam ex jam mortuo, vel incerto filio ſuſceptus, adoptatus poſthumi loco habebatur, & præteritus teſtamentum ſtatim rumpebat, quemadmodum licet filia ſivè naturalis, ſivè adoptiva præterita eo jure injuſtum teſtamentum non efficeret, poſt teſtamentum tamen adoptata, quia poſthumæ jure utebatur, præterita teſtamentum rumpebat, expreſſus textus in *d. l.* 8. *in princ. de injuſt. nupt.* Ut ergò inſinuatum ab Ulpian. diſcrimen poſſit verificari, dicendum omnino eſt, extraneum hæredem ſcriptum ante principale perfectum teſtamentum adoptatum jam fuiſſe.

15 Secundo adverſus omnium Interpretum ſententiam infero, quod etſi in *d. l.* 2. *verſ. ſed ſi extraneum*, extraneus ante perfectum principale teſtamentum in nepotis locum, tanquam ex præcedente filio ſuſceptus, adoptatus non inſtitutus, ſed exheredatus fuiſſet, nec rupturæ periculo teſtamentum ſubjiceretur, nec eo minus pupillaris conſiſteret ſubſtitutio, quia licet illud inter inſtitutionem, & exhæredationem interſit, quod ſcilicet extraneus hæres inſtitutus poſt factum teſtamentum adoptatus illud ideò non rumpit, quia legi jam ſatisfactum eſt, & utilis omni tempore eſt inſtitutio *l. filio quem pater.* 23. §. 1. *de lib. & poſth. l. ſi quis* 18. *de injuſt. nupt.* ex contrario autem extraneus exhæredatus poſt teſtamentum adoptatus illud non rumpit *l. non putavit.* 8. §. *Sed in eo extraneo.* 8. *de bon. poſſeſſ. contra tab.* pro cujus conciliatione cum *d. l.* 23. *in princ. de lib. & poſth. & d. l.* §. *ſi quis emancipatum.* 7. *Vid.* Cujac. 12. *quæſt. Pap. in d. l.* 23. quia ſcilicet extranei exhæredatio tanquam ab initio inutilis, & inepta *l. quidam cum filium* 132. *de verb. obligat.* & ſubſecutæ adoptionis cauſa convaleſcere non poteſt: hæc tamen differentia tunc ſolum ſervatur, cum extraneus hæres inſtitutus, vel exhæredatus poſt factum teſtamentum adoptatur; at ſi ante perfectum teſtamentum fuerit adoptatus, nihil omninò refert, an quo tempore extraneus erat, inſtitutus fuerit, vel exhæredatus, quia tum exhæredatio ab initio, ex facti videlicet teſtamenti tempore utiliter facta reperitur, cum is qui quo tempore extraneus erat, fuit exhæredatus, ante perfectum teſtamentum fuerit jura ſuitatis adeptus, teſtamentariæ autem cujuslibet diſpoſitionis utile initium non ſcribendi teſtamenti tempore, ſed ex quo perfectum teſtamentum jam eſt, debeat æſtimari, ut probant perſpicui & ſingulares ad rem textus in *d. l.* 1. §. *ult. de regula catoniana*, juncto Marco lyclama *dicto libro ſexto membr. eod.* 6. *& in l. ſi quis* 14. *de rebus dubiis* junctis Donello *ſub* 8. *commentariorum in eo textu*, & ejus Aſſecla Arnoldo Vinnio in §. *incertis* 25. *inſtitutionum de legatis num.* 1. cum igitur in *dicto verſiculo, ſed ſi extraneum* ante principale teſtamentum perfectum extraneus in nepotis locum, tanquam ex præcedente filio natus fuerit adoptatus, etſi nondum inſtitutus, ſed exhæredatus fuerit, teſtamentum non rumperet, & ei facta pupillaris ſubſtitutio ſine dubio conſiſteret. Si dicas: cur ego Ulpianus in ſuperiori verſiculo extraneum hæredem inſtitutum fuiſſe requirit? non difficulter reſpondebo conſultum non quidem præciſe inſtitutionem requirere, ſed ſolum aſſerere quod ſi fuerit inſtitutus, teſtamentum non rumpit, & pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, nec tamen ideo negare idem dicendum fuiſſe, etſi exhæredatus proponeretur, ita ut tum ſolum teſtamentum rumpat, cum præteritus inveniatur, & id ſibi Ulpianum voluiſſe ipſius textus ſeries perſuadet, quæ de naturalibus nepotibus à patre præceſſis conſultus dixerat in *verſiculo ſed ſi eos*, eadem in adoptivis nepotibus præceſſis procedere ſcribit in dicto verſiculo *ſed ſi extraneum*, ut agnoſcunt Cujacius, Duarenus, & Barboſa: ſed naturalibus nepotibus præceſſis, ſive inſtitutis, ſive exhæredatis, recte pupillaris fit ſubſtitutio, ergo & adoptivo præceſſo nepoti in *dicto verſiculo ſed ſi extraneum* ſive inſtituto ſive exhæredato ſecure poteſt avus pupillariter ſubſtituere.

Hoc autem pupillaris ſubſtutionis requiſitum, quod ſcilicet parens juſtum ſibi teſtamentum faciat, in pagano, non in milite teſtatore procedit, miles namqua ex privilegio etſi teſtamentum ſibi non fecerit, militari jure poteſt impuberibus liberis teſtamentum facere *d. l.* 2. §. 1. *verſ. niſi fortè h. t. l. in fraudem* 15. §. *item* 5. *d. l.* 41. §. *ult. de teſtam. mil.* quo tamen caſu pupilli teſtamentum ſubſtitutio dici non poterit, quia ſecunda non eſt inſtitutio, cum nulla paterni hæredis præcedat inſtitutio, unde Conſulti in prædictis juribus non ſic loquuntur, ut dicant militem etſi teſtamentum ſibi non fecerit, impuberi filio poſſe pupillariter ſubſtituere, ſed ſolum pro eo teſtari poſſe aſſerunt, ut ſentit *Pichar. in rubr. inſt. de vulgar. n.* 47. *cum ſeq.* quamvis aliter nec rectè hoc explicet Oſſuald. 6. *comm. Donell. p.* 23. *litt. L.* Hinc etſi ſoli filio miles teſtamentum faciat, ſolemnitates, quæ in ordinandis teſtamentis deſiderantur, obſervare non tenetur, quia licet pupilli teſtamentum ſit, ex parentis militis judicio proficiſcitur, cui ſolemnitatum diligens obſervatio principalibus conſtitutionibus remiſſa eſt, & ex eadem ratione ſive in militia, ſive extrà annum miſſionis pater deceſſerit, impuberi militari jure factum teſtamentum ſubſiſtit *d. l.* 15. § 5. juncta generali regula textûs. *in l. quod inſtitum* 21. *l. teſtam.*

26. *de teſtam. mil.* nec intereſt, an intra annum miſſionis, an verſo poſt illud elapſum impubes filius moriatur, ut eleg. Paul. reſpondit in *l. quod dicitur* 38. *in princ. verſ. & ideo eod. tit.* dixerat initio textûs quod ſi miles intrà miſſionis annum deceſſerit, jure militari factum teſtamentum, conſiſtit, quamvis poſt annum conditio inſtitutionis exiſtat, quod & docet *Juſtin. in §. ſed hactenus* 3. *verſ. quod ergo inſt. de mil. teſtam.* Ex quo infert in *d. verſ. & ideo* pupillo militari jure factum teſtamentum ſubſiſtere, dummodo intrà miſſionis annum parens deceſſerit, quamvis pupillus poſt annum diem ſuum obierit. Nec tamen ex eo credat aliquis Paulum ſentire pupillarem ſubſtitutionem non puram, ſed conditionalem eſſe inſtitutionem adverſus ea, quæ diximus ſuper *cap. ex num.* 32. qui ſic potius accipiendus eſt, quaſi ſentiat pupillarem ſubſtitutioné tacitam ex natura rei códitioné continere, & quaſi ab expreſſa inſtitutionis conditione arguat ad tacitam pupillaris ſubſtitutionis conditionem, circa quam urgentior dubitandi ratio occurrebat, tum quia non patris militis, ſed filii teſtamentum eſt, tum quia ſuperſtite adhuc impubere nondum confirmari poſſe ſecundæ tabulæ videbantur, ſed tamen, quia tota pupillaris ſubſtitutio ex militis parentis judicio formam capit, & originem, quaſi ipſius teſtamentú cenſetur, nec an impubes filius, ſed ſolum, an pater in tranſmiſſionis annum deceſſerit ſpectatur.

17 Ex his infert Gohoffr. in *d. l.* 15. *§. miles de teſt. mil. num.* 3. *& in l. ſi pater* 29. *hoc tit. num.* 1. quod paganus teſtator adhoc ut impuberi militi filio pupillariter rectè ſubſtituat, non militari, ſed communi jure debet ſecundas tabulas ordinare, quia non ex militis pupilli, ſed ex paganici parentis judicio proficiſcuntur, cui remiſſæ teſtamentariæ ſolemnitates non ſunt. Quæ quidem Goffredi doctrina, ſi antiquum jus ſpectamus, tunc ſolum vera eſſe poteſt, cum impubes miles condere teſtamentum non potuit, nam ſi numerorum tribunatum meruiſſet, potuit olim quamvis in pupillari ætate, & patria poteſtate conſtitutus teſtari *l. ult. C. de teſtament. mil. junctis Oſſual. d. lib.* 6. *p.* 25. *litt. C. & cum aliis D. Retes d. lib.* 1. *q.* 22. *opuſc. num.* 30. ac proinde nec ei potuit pater pupillariter ſubſtituere, ut ſignanter advertunt *Cujac.* 17. *obſ. p.* 36. *& ex eo Dyoniſius Gothoffr. ad Pandect. in d. l. ult.* quemadmodum, & quo tempore Conſtantini floruit conſtitutio, quæ impuberibus cœlibatum profitentibus in ingreſſu Religionis teſtandi facultatem indulſit, ut ex *Sozomano lib.* 1. *hiſtoria tripartita p.* 9. *notavit Oſual. d. lib.* 6. *p.* 5. *lit.* P. eis pupillariter ſubſtituere pater non potuit ut docet Cujac. ubi nuper, cum in id ſolum adinventam pupillarem ſubſtitutionem ſæpè diximus, ut liberi parentis morte ſui juris effecti, qui ex ætatis defectu condere teſtamentum non poſſunt, ex paterna ſaltem providentia teſtamentarium hæredem reliquant. Hodiè autem poſt Juſtiniani conſtitutionem, qui in *d. l. ult.* impuberi militi, quamvis numerorum tribunatum meruerit, teſtandi facultatem ademit, veriſſima indiſtinctè Goffredi ſententia eſt, ſicuti & poſt Novellam 6. Leonis, quæ ſuperius à Conſtantino indultum privilegium abrogavit impuberibus, quamvis cælibatum profitentibus, & religionem ingredientibus, parentes poterunt pupillariter ſubſtituere: infert ſecundo Goffr. in *d. l.* 10. *§.* 5. *hoc tit.* quod miles pater poteſt impuberi pagano filio ex re certa pupillariter ſubſtituere, ita ut ſubſtitutus in illam dumtaxat ſuccedat, & pupillus partim teſtatus, & partim inteſtatus moriatur, quæ tamen Goffredi opinio ex eo diſplicet, quod etſi miles pater militari jure poſſit impuberi filio teſtari, efficere tamen non poſſit, ut paganus impuber filius partim teſtatus, & partim inteſtatus decedat, quia pupillaris ſubſtitutus, quamvis ex parentis militis judicio datus, non patri militi, ſed impuberi pagano hæres exiſtit, quem jus noſtrum partim teſtatum, & partim inteſtatum decedere non patitur *l. jus noſtrum.* 7. *de R. I.* ex re igitur certa à patre milite facta pupillaris ſubſtitutio non minus, quam ſi à pagano facta fuiſſet, ad univerſam pupilli hæreditatem protrahitur ex regula textus, in *d. l.* 11. *§. ult. hoc tit.* junctis quæ dixi præced. *p. num.* 12. *cum duob. ſeqq.* Nec adverſatur textus, in *d. l.* 10. *§.* 5. *verſ. niſi mihi hoc tit.* qui non in pupillari, ſed in directa militari ſubſtitutione procedit, ut arguit Goffr. & dixi *num.* 10. quid itaque in *d. l.* 13. *§.* 5. *de teſtam. milit.* ſcriptum eſt militem parentem poſſe impuberi pagano filio militari jure teſtari, ad ea pertinet, quæ teſtamenti ordinationem concernunt, non quæ ad impuberis hæreditatem ſpectant.

Quartum denique pupillaris ſubſtitutionis 18
requiſitum eſt, quod parens prius ſibi teſtamentum faciat, deinde impuberi filio ſubſtituat, alioquin ſi ordinem ſcripturæ convertat, inutilis pupillaris eſt ſubſtitutio, ut *Ulpian. reſpondet in d. l.* 2. *§. prius* 1. *hoc tit. qui tamen in* 2. *ſed etſi ita* 6. *ejuſd. l.* 2. ſibi ipſi adverſari, aut ſententiam mutare videtur, dum docet, etſi converſa ſcriptura impuberis teſtamentum factum ſit, utile tamen eſſe, nec ſcripturæ, ſed ſucceſſionis ordinem ſpectari opportere. Ut itaque Ulpiani mentem aperiamus, ſupponendum eſt, patrem poſſe vel uno eodemque tempore ſibi ſimul & impuberi filio teſtari *l. patris* 20. *§.* 1. *hoc tit. l. ſi ita ſcriptum* 8. *§. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* juncto Barboſa. in *d. l.* 2. *num.* 11. *cum* 2. *ſeqq.* plurimum autem intereſſe, an ſibi ſimul & filio, an ſibi prius & filio ex intervallo parens teſtetur, ubi etenim ſibi ſimul, & impuberi filio teſtatur ſive civile, ſive prætorium jus attendamus, una eademque ſolemnitas ſufficit, adeo ut ſi patris tabulæ ſignatæ ſint, quamvis pupillaris ſimul ordinatæ ſignatæ non fuerint, utroque jure utilis pupillaris ſit ſubſtitutio, textus ſic intelligendi in *d. l.* 20. *in princ. hoc tit. l. ut bonorum poſſeſſionibus* 9. *de bon. poſſ. ſec. tab.* ſi vero ſibi prius & impuberi filio ex intervallo parens teſtetur diverſis ſolemnitatibus opus eſt *l. ſi quis cum* 16. *§.* 1. *hoc tit.* quo ſenſu in pupillari ſubſtitutione duo quodam modo eſſe teſtamenta dicuntur *in §. in pupillari* 2. *inſt. de pupill.* alioquin ſi unum dumtaxat teſtamentum eſſet, uno eodemque contextu paternæ & pupillares tabulæ ſimul peragendæ forent ex regula textus in *d. l.* 21. *§. ult. qui teſt. fac. poſſ.* Rurſus ubi ſibi ſimul, & impuberi filio pater teſtatur, pupillaris expreſſa ſubſtitutio conſtitutionis poteſtate tacitam vulgarem continet ſubſtitutionem *d. l.* 1. *in pr. h.* quidquid contrarium cum Ant. Fabro, & Val. fruſtrà perſuadere nitatur Pichard. *in lect. ad n.* 1. *q.* 19. *per tot.* præcipuè ex *num.* 20. ſed ſi ſibi

prius & filio ex intervallo teſtetur, pupillaris ſubſtitutio tacitam vulgarem continere non poteſt, ut docent Goffr. in *d. l.* 2. §. 1. *n.* 7. *& in d. l.* 1. *hoc tit. n.* 11. *& Barò. in d. l.* 1. *hoc tit. n.* 25. quia cum vulgaris ſubſtitutus non pupillo, ſed patri hæres exiſtat, ſi pupillaris expreſſa ſubſtitutio ſeorſim facta tacitam vulgarem ſubſtitutionem ineluderet, pater ex intervallo, & ſic inutiliter ſibi teſtamentum feciſſe reperiretur.

19 Hinc noviter intelligo textum, qoem in deſperatæ ſuæ opinionis confirmationem parum fœliciter expendebat *Pichard. ubi nuper n.* 43. *cum* 4. *ſtqq. in l. ex pupillari* 44. *hoc tit.* Ubi ex ſententia Mætiani reſpondet Paul. ex pupillari teſtam. ſuperius principale nec ex parte nec in totum poſſe confirmari. tota textus, difficultas in aſſignanda ſpecie conſiſtit (quam plurium opinionibus omiſſis, quas dextre convincit Cujac. 10. quæſt. Paul. in eo textu, omiſſa etiam ipſius Cujacii interpretatione quam impugnare facilè eſſet) ſic eſſe fingendam exiſtimo, cum parens ſibi prius, & ex iotervallo impuberl filio teſtamentum feciſſet, ſentir Paul. pupillarem ſubſtitutionem tacitam vulgarem continere non poſſe, quia quemadmodum Codicillis bæreditas dari ideo non poteſt, ne alioquin per Codicillos, qui teſtamenti pars ſunt, ipſum teſtamentum confirmetur *leg. quod per manus* 10. *de jur. Codicill.* ſie nec in pupillaribus tabulis ex intervallo ordinatis hæredem ſibi pater inſtituere poteſt, ne alioquio per pupillares tabulas, quæ principalium pars ſunt, principales ipſæ tabulæ confirmari videantur, & ſanè ſi pupillaris ex intervallo ſacta ſubſtitutio tacitam vulgarem includeret, per pupillares tabul. ſæpè vel in totum, vel ex parte principales confirmarentur in totum, ſi pupillus hæres inſtitutus, parente adhue ſuperſtite deceſſiſſet, quo caſu, cum vulgari ſubſtiruto locus eſſet, principales tabulæ, quæ ex defectu hæredis inſtituti, ſi ſubſtitutus datus non fuiſſet, per oudam ſui hæredis exiſtentiam pro parte dumtaxat principales tabulæ confirmarentur, quoad ea ſcilicet, quæ ſolam teſtamenti factionem, in quam confirmationem, nec aliquid hæredis factum deſiderant *l. ſi filius* 12. *hoc tit. l. ſciendum* 32. *de manum. teſtam.* pro parte veto forent ioutiles, quoad ea videlicet, quæ præter teſtamenti confirmationem hæredis factum, aut miniſterium expoſcunt *l.* 1. §. *ult. ut in poſſeſſ. legat. ut ſtq. cap.* dicemus, & interim tradit *Valent.* 3. *ill. tr. q.* 5. *num.* 18. at ſi pupillaris ex intervallo facta ſubſtitutio tacitam vulgarem includeret, principales tabulæ, quæ alioquio pro parte dumtaxat conſiſterent, quoad ea ſcilicet, quæ ſolam teſtamenti confirmationem requirunt, per tacitam vulgarem ſubſtitutionem, cujus caſus per impuberis hæredis inſtiruti abſtenſionem exiſtit *l. ex contractu* 11. *de re judicat.* pro altera etiam parte, quoad ea videlicet, quæ ooo ſolam teſtamenti confirmationem, ſed hæredis prætereà factum deſiderant, ſine dubio confirmarentur: ne ergo contra juris rationem pet pupillares tabul. confirmari vel in totum, vel ex parte principales videantur; ſtat optimè ex intervallo factam ſubſtitutionem tacitam vulgarem oon continere, eamque eſſe ſpeciem, & ſententiam *textus in d. l.* 11. *hoc tit.* & diverſam longè eſſe cauſam pupillaris ſubſtitutioois in paternis ſimul tabulis ordinatæ, quæ tacitam vulgarem continet, nec tunc pet pupillares tabulas in totum aut ex parte confirmari principales dici poſſunt, quæ propriis potius viribus propter vulgarem tacitam ſubſtitutionem ex ipſis elicitam conſiſtunt.

20 Quibus ſuppoſitis ut certa jam ab incertis ſeparemus, ſiquidem pars non uno, eodem que contextu, ſed ſeparatim ſibi & filio velit teſtari, prius ſibi teſtamentum ſacere, & poſtea ſecundas debet tabulas ordinare alioquin ſi ab impuberis teſtamento incæperit, inutilis pupillaris eſt ſubſtitutio *d. leg.* 2. §. 4. *&* §. *ult. hoc tit.* quod quidem omnes admittunt interpretes tus & manifeſtam habent rationem, cum enim parens ab impuberis teſtamento incipit, filii teſtamentum abſque paterno factum invenitur, & inutile ab initio eſt, nec ex poſtfacto etiam poſt perfectum paternum teſtamentum poteſt convaleſcere, conſiderat Gofred. *in d. leg.* 2. §. 4. *n.* 7. ſi vero uno eodem que contextu ſibi, & impuberi ſimul filio parens teſtetur an ſibi prius hæredem debeat ſcribere an verò ſcripturæ ordinem invetere, & filio pupillaritet poſſit ſubſtituere? non levis eſt inter D.D. controvenſia. Cuj. *ad. Pand. in d. l.* 2. §. 4. ſubtiliſſimus *Coſta in l. ſi pater* 1. *p. verb. adjiciens ex num.* 3. *& in* §. *& quid ſi tantum* 3. *parte num.* 91. *cum ſtq.* & eum ſequutus Barboſa *in d. leg.* 2. §. 4. *hoc tit. ex num.* 6. aſſerunt antiquo illo jure inſpecto, quo antè hæredis inſtitutionem nihil in teſtamento ſcriptum valebat, Ulpianus *in fragm. tit.* 24. *de legat.* §. *ante hæredis* 14. *Paul.* 3. *ſent. tit.* 6. *de legat.* §. 1. §. *ante hæredis* 34. *inſtitut. de legat.* parentem, etſi ſibi & filio ſimul teſtaretur, ſibi prius ſcribere hæredem debuiſſe, & ante paterni hæredis inſtitutionem ſeriptâ pupillarem inſtitutionem inutilem prorſus fuiſſe, idque Ulpianum ſenſiſſe, qui in *d. leg.* 2. §. 4. expreſſe reſpondit patrem prius ſibi deinde filio ſcribere hæredem debere, & ea ratione utitur, qua ſcilieet conſtat unum eſſe teſtamentum, quaſi dicat, quòd cum unum ſit teſtamentum, ſcripta in eo ante hæredis inſtitotionem pupillaris ſubſtitutio inutilis eſt. Nec contrarium eundem Ulpianum reſpondiſſe in *d. leg.* 2. §. 5. *&* 6. præfati D.D. contendnnt, quia in his juribus ideo ſic concepta pupillaris ſubſtitutio, *ſi filius meus intra pubertatem deceſſerit, ſejus hæres eſto, filius hæres eſto*, Utilis eſſe dictiur, quia in his, quæ in continenti, & quaſi continuato ſermone ſcribuntur, ſcripturæ ordo non attenditur, *l. quid.* 14. *de pecul. l. cum ſimil.*

21 Ex contrario tamen, & rectius Gofredus *in d. leg.* 2. §. 4. *num.* 7. *& in d. leg.* 16. §. 1. *hoc tit.* Duarenus *ad num.* 1. *de leg.* 11. & aliis plures, quo refert & ſequitur Uſuald. *d. lib.* 25. *litt. S.* cenſent; quod ſi pater uno eodemque contextu ſibi ſimul, & impuberi filio teſtetur, poteſt tam antiquo, quam novo jure attento, filio prius pipillariter ſubſtituere, & ſibi poſtea hæredem ſcribere, ita ut non ſcripturæ, ſed ſucceſſionis ordo ſpectetur, ut expreſſè Ulpianus decidit *in d. leg.* 2. §. 5. *&* 6. *hoc tit.* quia licet prius ſcripta pupillaris ſit ſubſtitutio, ejus validitas non ex ſcribendi, ſed ex jam perfecti teſtamenti tempore debet æſtimari, quo inſpecto, cum pater ſibi etiam hæredem ſeripſerit, ſine paterno teſtamento ſcripta pupillaris ſubſtitutio dici non poteſt. Nec tune obſtat, quod ante hæredis inſtitutionem nihil olim in teſtamento rectè ſcribi potuerit, nam huic difficul-

tati, quam laudati D. D. aut non viderunt, aut diſſimularunt. Reſpondendum exiſtimo illam antiqui juris regulam ad ea duntaxat pertinuiſſe, quæ vel ab ipſo inſtituto hærede proficiſcuntur, qualia ſunt legata, aut etſi ab hærede non proficiſcantur, hæreditatem tamen diminuunt quales directæ ſunt libertates, quæ omnia antè hæredis inſti utionem inutiliter ideo ſcribuntur, quia eum vel ab hærede proficiſcantur, vel hæreditatem diminuant abſurdum ſcrupuloſis veteribus videbatur, ut ante hæredis inſtitutionem, aut quod idem eſt ante datam hæreditatem ſcriberentur; ea vero quæ nec ab ipſo hærede proficiſcuntur, nec hæreditatem diminuunt, olim etiam ante hæredis inſtitutionem utiliter ſcribi potuiſſe contendo, ut ecce teſtamentaria tutela qu nonæ ab hæredi, ſed ab ipſo teſtatore proficiſcitur, *leg. tutores 7. de teſtam. tut.* ante hæredis inſtitutionem olim etiam ſcribebatur, ut conſtat *ex §. ad textum 3. inſt. qui teſtam. tut. dar. poſſunt*, ſimiliter & exhæredatio quæ non ab hærede, ſed à teſtatore proficiſcitur, potuit olim ante hæredis inſtitutiouem ſcribi, *leg. 3. §. ante hæredis 3. de liber. & poſt hoc leg. 3. §. unde etiam 2. de injuſt. nupt. leg. 1. in pr. de hæred. inſt.* quamvis aliam ejus rei rationem aſſignet Coſta *in d. §. & quid ſi tantum d. 3. parte ex num.* 83. pariter & vulgaris ſubſtitutio, quæ non ab inſtituto, ſed a teſtatore dimanat, poterat ante hæredis inſtitutionem ſcribi *leg. ſi ita quis 28. de hæred. inſt.* ex eadem igitur ratione pupillaris ſubſtitutio, quæ non ab inſtituto hærede, ſed ab ipſo teſtatore proficiſcitur, olim etiam potuit ante hæredis inſtitutionem ſcribi, ut expreſſè conſtat ex *d. leg.* 2. *§. 5. hoc tit.* quibus parum rectè Coſta, & Barboſa ſatisfaciunt, & enim ſi antiquitus ante hæredis inſtitutionem ſcribi pupillaris non poſſet ſubſtitutio, ut falſo exiſtimant ipſi, etiamſi in continenti, & quaſi continuato ſermone fuiſſet ante hæredis inſtitutionem ſcripta, non eo magis conſiſteret exemplo legati, quod quia conſiſtere ante hæredis inſtitutionem non poterat etſi in continenti, & quaſi continuato ſermone, ſub hac forſam verborum ſtructura *hæres meus titio fundum dato, ſempronius hæres eſto*, ante hæredis inſtitutionem relictam fuiſſet, inutile prorſus erat, ut agnoſcunt inſtit. inter. *in d. §. 34. inſt. de legat.* Deciſiva igitur eorum jurium ratio ex eo pendet, quod ſiquidem pater uno eodem contextu ſibi & impuberi filio teſtaretur potuit etiam olim priuſquam ſibi hæredem inſtitueret pupillarem ſubſtitutionem ſcribere.

Nec huic doctrinæ obſiſtit textus. *in d. leg.*
13 2. *§. 4. hoc tit.* ubi quod Ulpianus ſcribit patrem prius ſibi ſcribere hæredem debere, deinde filio pupillariter ſubſtituere, ad eum referendum eſt, quo ſeparatæ pupillares tabulæ fiunt, ut colligitur ex verſ. *cæterum.* Ubi quod prius dixerat, ſic expliquat conſultus, ut ſi ante filio deinde ſibi teſtamentum pater fecerit, inutilis pupillaris ſit ſubſtirotio. Nec tunc obſtat ratio illa, qua utitur Ulpianus & quam præcipuè expendunt adverſarii, quod ſic conſtet, unum eſſe teſtamentum, quæ ſic explicanda eſt, occurrit videlicet conſultus tacitæ objectioni, quæ ex eo poſſet deſumi, quod ubi pipillares tabulæ à paternis ſeparatim fiunt, duo quodam modo ſunt teſtamenta, nihil ergo refert, utrum prius utrum poſterius factum eſſet, Hanc objectionem, ut diluat, docet quod etſi ſeparatæ à paternis pupillares tabulæ fiant, unum teſtamentum eſt quia pupillaris ſubſtitutio, quandiu ex intervallo facta, pars & ſequela paterni teſtamenti eſt, ac proindi ſeparatim ante paternum teſtamentum ordinata inutilis ab initio eſt, nec poſt perfectum teſtamentum paternum convaleſcit, ut explicat Duarenus *ad noſt. tit. d. cap.* 11. Maneat itaque, quod ſi ſeparatæ à paternis pupillare tabulæ fiant, non aliter pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, quam ſi ante paternum teſtamentum fuerit ordinata ut expreſſus Ulpianus aſſeruit in *d. leg.* 2. *§. ult. hoc tit.* quodquidem etiam poſt novam Juſtiniani conſtitutionem in *d. §. 34. inſt. de legat.* ad pupillaris ſubſtitutionis, valorem exigitur, ut cum judicio agnoſcit Coſta *in d. cap. ſi pater d. 1. par. verb. adjiciens num.* 13. & ex eo convincitur, quod cum antiqui juris regula à Juſtiniano abrogata olim ad pupillarem ſubſtitutionem non pertinuerit; ut anteriori numero vidimus, necnon Juſtiniani ſanctio ad pupillarem ſubſtitutionem ſpectat.

His omnibus requiſitis intervenientibus 14
rectè pupillaris ſit ſubſtitutio, ac ſi ex alicujus requiſiti defectu ſit inutilis, veluti ſi puberi jam filio, vel emancipato impuberi facta ſit quæri ſolet an ut fideicommiſſaria ſaltem conſiſtat. In qua re juxta communionem interpretum ſententiam dicendū breviter eſt regulariter inutilem factam pupillarem ſubſtitutionem, nec ut fidei commiſſariam ſubſiſtere, ut ſentit Papinianus *in leg. verbis civilibus 7. hoc tit.* dum docet, verbis civilibus poſt 14 ætatis annum. fruſtra ſubſtirotionem fieri, nec enim fruſtra facta dici poſſet, ſi ut fidei commiſſaria ſaltem cóſiſteret, ſubjungit poſtea, quod qui non admittitur, ut ſubſtitutus, nec etiam ut cohæres poteſt admitti, cujus reſponſi, ut dubitandi, & decidendi ratio intelligata, ſciendum eſt, quod ſi ſic concepta ſubſtitutio fuiſſet, *ſi titius hæres inſtitut. intra certam ætatē deceſſerit ſempronius hæs eſto.* vix ulla poſſet dubitandi ratio occurrere, nullo enim colore inſtituto hæredi expreſſè ſubſtitutus cohæredem ſe datum fuiſſe poſſet prætendere; at ſi ſimpliciter concepta ſubſtituto fuerit, prout ſupponendum omnino eſt, in hunc modum, *ſi filius hæres inſtitutus intra certam ætatem deceſſerit, ſempronius hæres eſto.* poſſet quidem dubitari, an ſub ea condtione ſempronius cohæres datus videatur? cum ſic inſtitutus inveniatur. Reſpondit tamen Papinianus nec ut cohæredem ſempronium admittit, quia teſtatoris voluntas refragatur, qui filium inſolidum hæredem inſtituit, & ad integram vocavit hæhæreditatem, profecto vero ſi ſub illa conditione ſempronius cohæres adjunctus intelligatur, filius interim non totam hæreditatem, ſed ejus duntaxat partem haberet, ut explicat, Barboſa in *d. leg. 7. ex num.* 62. junctis quæ tradit. Ramos *in M. S. ad tit. de legat. 1 cap. 2. ex num.* 1. dum ergo diſputat Papinianus an ſubſtitutus cohæres datus videatur, ſupponit inutiliter factam directam ſubſtitutionem conſiſtere, ut fideicommiſſariam non poſſe, alioquin ſi ſempronius per fideicommiſſum filio ſubſtitutus intelligeretur, utrum tanquam cohæres admittendus eſſet, non niſi fruſtra quæreretur. Tandem communem ſententiam firmat textus *in leg. ſi frater 5. C. de fideicom. & in §. ult. inſt. de pupil.* in quibus aſſeritur extraneo vel filio puberi in

caſum acquiſitæ hæreditatis & mortis fieri directam ſubſtitutionem non poſſe, ſed hoc ſolum teſtatori permiſſum, eſſe, ut extraneum, vel puberem filium quem hæredem inſtituit; per fidei commiſſum obliget alii vel totam hæreditatem, vel ejus partem reſtituere, cum ergo expreſſum requitatur fideicommiſſum, evincitur omnino inutiliter conceptam pupillarem ſubſtitutionem, nec ut fideicommiſſariam conſiſtere.

Communis tamen hæc ſententia expeditam
24 illam patitur limitationem, ſi pupillaris ſubſtitutio ſit in Codicilis ſcripta, in quibus directæ ſubſtitutiones, non magis quam inſtitutiones utiliter ſcribuntur *d. leg.* 10. *de jur. codicill. cum ſim.* propter coniecturatam defuncti voluntatē in fideicommiſſariā flectitur ex regula textus *in leg. illud* 13. §. 1. *de jur. codicill. leg. hujus* 55. §. *ult. de legat.* 2. quia cum ſit codicillorum locus præcatiis, ſeu fideicommiſſariis ſubſtitutionibus aptus, id voluiſſe teſtatorem præſumitur, ut inutilis pupillaris ſubſtitutio ſaltem io vim fideicommiſſariæ ſubſiſtat. Nec quidquam refert, an ab inteſtato facti, an verò teſtamento fuerint codicilli confirmati, quidquid dicat Anton. Faber. 15. *conjectur. cap.* 10. quamvis laudatus ab Schufordegero *lib.* 2. *ad eund. tr.* 6. *quæſt.* 4. immo indiſtinctè codicillis quamvis teſtamento confirmatis, facta inſtitutio; vel ſubſtitutio univerſalis fidei commiſſi jure defenditur, ut probant textus *in leg. cum quis decedens* 37. §. *ſciam* 2. *de l.* 3. *l. ult.* §. 1. *de codicill.* & ea falcitur ratione, quia ſi codicillaris clauſula id operatur, ut inutile alioquin teſtamentum, & in eo contenta inſtitutio fideicommiſſi jure defendatur *l. ex ea* 27. §. 1. *qui teſtam. fac. poſſ. l.* 3. *de teſtam. mil.* magis utique id operabitur ipſa codicillorum natura, ut cum judicio conſiderat Ill. Ramos *in M. S. ad noſt. tit. cap.* 1. *num.* 18. qui cum Bartholo communiter recepto *in leg.* 1. *num.* 2. *de jur. codicill.* aliud eſſe dicendum docet, ſi pater familias oon codicillos, ſed teſtamentum condere voluerit, nec codicillarem clauſulam adjecerit, tunc enim inutiliter concepta inſtitutio, vel ſubſtitutio, nec fideicommiſſi jure defenditur, non quia teſtamentarii codicilli ſint, ſed quod pater familias facere codicillos noluit juxta textus ſic accipiendos, qui Ant. Fabrum immerito in contrariam opinionem induxerunt in *d. l.* 41. §. *quod ſi hæredem* 3. *verſ. quæ ita hoc tit. in prin. qui teſtam. fac. poſſ. leg.* 1. *d. leg.* 13. §. 1. *de jur. codicill. leg. non codicillos* 14. *de teſtam. leg. ex teſtam.* 22. *C. de fideicom.*

Superiori tamen limitationi obſiſtere videtur
25 vulgaris difficilis tamen textus in *l. ſcævola* 76. *ad trebell.* ubi cum pater impuberi filio, quem ex aſſe hæredem ſcripſerat, Codicillis pupillariter ſubſtituiſſet, & impubes filius deceſſiſſet, benigna interpretatione placuiſſe docet ſcævola, ut licet inutilis ſit ſubſtitutio tamquam Codicillis ſcripta, mater tamen, quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur; tum ſic; eo ubi ad benignam interpretationem recurrit ſcævola, ut doceat ſcriptam in Codicillis pupillarem ſubſtitutionem, ut fideicommiſſariam poſſe defendi: ergo benigna interpretatione ſecluſa Codicillis ſcripta pupillaris ſubſtitutio nec in vim fideicommiſſariæ ſubſiſtit. Omiſſis interpretationibus Coſtæ in *cap. ſi pater* 3. *parte verb. interdum num.* 30. *Cujacii* 11. *obſerv. q.* 25. *Ant. Gomezii* 1. *var. q.* 1. *n.* 6. *Spino in ſpec. teſtam. gl.* 32. *principali ex num.* 23. Ant. Fabri 15. *conject. q.* 10. *Donelli* 7. *comment. q.* 17. *& ibi Oſſuald. litt. C. dicendum erit cum Ill.. Ramos in M. S. ad noſtrum tit. d. q.* 1. *n.* 19. *cum ſeq.* quod licet Codicillis ſcripta pupillaris ſubſtitutio regulariter juxta juris rationem, ut fideicommiſſaria ſubſiſtat benigna tamen interpretatione ideo opus fuit in *d. l.* 76. fideicommiſſum illud, io quod inutilis pupillaris flectitur ſubſtitutio, poſt impuberis hæredis inſtituti mortem ſeu à matre legitima ejus hærede, & ſic ab hærede hæredis relictum intelligitur, unde non communi, ſed ſpeciali, benignoque illo jure conſiſtit, quo antiquitus fideicommiſſa ad legatorum diſcrimen poſt mortem hæredis, ſeu ab hærede hæredis relinqui conceſſum erat, ut ſignanter conceſſum eſt in *l. ſi fuerit* 5 §. 1. *de leg.* 3. benigna igitur interpretatio non in eo eſt, ut inutilis pupillaris ſubſtitutio in fideicommiſſariam flectatur, hoc enim ex juris ratione proficiſcitur, ſed in eo potius, ut poſt mortem impuberis hæredis, aut ab ejus legitima hærede matre relictum fideicommiſſum in qood inutilis convertitur ſubſtitutio, poſſit ſubſtineri. Subtiliorem aliam, & veriorem forſitan ejus ſcævolæ reſponſi interpretationem excogitavit ſubtiliſſimus Primarius Anteceſſor, & Magiſter meus, quo majorem Academia noſtra non tulit D. D. D. Joſephus Nunez de Zamora in *M. S. ad noſtrum tit. q.* 2. *ex n.* 48. *& præcipuè n.* 53. *cum ſeq.* quam, quia ex intricatis conſtat principiis, quæ nunc reſerare recta docendi methodus non patitur, in opportuniorem commentarii noſtri locum rejicimus.

CAPUT III.

De Modis, quibus Pupillaris extinguitur ſubſtitutio.

UTiliter ſic concepta pupillaris ſubſtitutio 1
nonnullis modis extinguitur, quos ſigillatim exponemus. Et quidem primo ex quo liberi ad pubertatem pervenerint, pupillaris ipſis facta extinguitur ſubſtitutio *l.* 2. *in princ. l. in pupillari* 11. *l. cohæredi* 41. §. *cum pater* 7. *l. ex facto* 43. *in princ. verſ. & ut quem hoc tit.* §. 1. *&* §. *maſculo* 8. *inſt. de pupillar.* quia cum tota inducendæ pupillaris ſubſtitutionis ratio ea fuerit, quia cum liberi impuberes parentis morte ſui juris effecti condere teſtamentum non poſſint, utile viſum eſt, ut ex paterno judicio poſſint teſtamentarium hæredem relinquere, & ex quo liberi ad pubertatem pervenerint, teſtari jam, poſſint *l.* 5. *qui teſtam. fac. poſſ.* ceſſante jam fine ſubſtitutionis, ipſam etiam ſubſtitutionem extingui neceſſum eſt, ne alioquin Civi Romano jam puberi libera teſtandi facultas auferatur. Hinc evidenter infertur, quod ubi filius anni 14. vel filia 12. ultimum attigerit diem, quia ex tunc teſtamenti faciendi jus habent ex *d. l.* 5. junctis, quæ pro ejus explicatione tradunt plures, quos refert, & ſequitor D. Retes 1. *opuſc. q.* 22. *n.* 31. pupillaris extinguitur ſubſtitutio. Nec tunc refragantur textus in *d.* §. 8. *inſt. de pupillar.* Ubi quod Juſtin. ſcribit tum

demum pupillarem ſubſtitutionem evaneſcere, cum maſculi 14. fœminæ verò 12. annum exceſſerint, accipiendum ſic eſt, ut ſcilicet, ex quo poſtremum 11. aut 12. anni diem attigerint, quod ad teſtandi jus, & pupillaris ſubſtitutionis cauſam jam hoc tempus exceſſiſſe credantur, cum teſtari perinde poſſint, ac ſi pubertatis annos exceſſiſſent, ut probant ſic intelligendi textus & inter ſe conciliandi in *d. l. 5. qui teſtam. fac. poſſ. & in l. ſi frater 1. C. eod. tit.* & communiter docent Interpretes in *d. l. 5.* 8. Unde ſi pupillaris ſubſtitutus ad hæreditatem ex cauſa ſubſtitutionis admitti deſideret, probare omnino tedetur ſubſtitutionis caſum extitiſſe, impuberem ſcilicet, cui fuit ſubſtitutus, intrà pupillarem ætatem deceſſiſſe, cum hoc præcipuum ſuæ intentionis ſit fundamentum, quilibet verò ſuæ intentionis fundamentum probare teneatur *l. ſi minorem c. de integr. reſtit. l. ſi mater. 17. c. de probat. ut docet Barb. in dict. l. 2. hoc tit. n. 36. cum ſeqq.*

2 Sed licet regulariter per pubertatem pupillaris evaneſcat ſubſtitutio, nonnumquam tamen etiam antè pubertatem extinguitur, nam etſi ultra pubertatem porrigi non poſſit ſubſtitutio, omne tamen ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum parenti ad pupillariter ſubſtituendum relinquitur, qui & ad breve tempus ætatis poteſt ſubſtituere, veluti ſub hac formula, *ſi filius meus intrà 10. annum deceſſerit*, quamvis ante 11. annum deceſſerit, nec civili jure ad hæreditatem, nec Prætorio ad bonorum poſſeſſionem ſubſtitutus vocatur propter manifeſtum parentis judicium, qui intrà certæ ætatis tempus ſubſtitutionem circumſcripſerit *l. ſi ita quis ſubſtituerit 21. hoc tit.* Hinc & poteſt parens diverſos poſt cujuſque ætatis finem ſubſtituere, & quidem ſi ſic ſcripſerit, *ſi filius intrà 10. annum deceſſerit, titius hæres eſto: ſi poſt 10. intra 11. Mævius hæres eſto*, prout in *d. l. 38. §. itaque 2. hoc tit.* Expeditum eſt unumquemque ſubſtitutum in eum caſum ad impuberis hæreditatem ſeparatim admiti, in quem expreſsè fuit ſubſtitutus, & in perſona titii ſubſtitutionem extingui, ex quo pupillus 10. annum exceſſerit, in Mævii autem perſona ex eo tempore ſubſtitutionem incipere, & per pubertatem extingui *l. 2. §. ſi primus 3. de bon. poſſ. ſec. tab.* ſi verò ſic parens ſubſtituerit, *ſi filius meus intra 10. annos deceſſerit; titius hæres eſto, ſi intrà 11. Mævius.* dubitari quidem poteſt, an ſi filius intra 10, annos deceſſerit, uterque ſimul ſubſtitutus ad ejus hæreditatem admittatur? Dicendum quidem videtur, utrumque ſubſtitutum debere ad impuberis hæreditatem concurrere, quippe cum in majori ætatis numero minor etiam contineatur argumento textus in *l. 1. §. ſi ſtipulati 4. de verb. obligat.* expreſſus textus in *d. l. 11. hoc tit. juncto Duareno in paraphraſi ad noſtrum tit. cap. 22.* verum omnino eſt filium, qui intrà 10. annos deceſſit, intra 14. deceſſiſſe: utrique igitur ſubſtituto locus eſſe videtur, cum in utriuſque perſona caſus ſubſtitutionis extiterit. Contrarium tamen & meritò reſpondet *Paul. in d. l. 43. §. 1 hoc tit.* docens in utroque ſubſtituto ſuum tempus ſeparatim ſervari, id eſt, unumquemque ſubſtitutum in caſu à teſtatore expreſſum ſeparatim ad impuberis hæreditatem admitti, quia licet in majori ætatis numaro minor etiam contineatur, veroſimilè tamen eſt patrem, qui in ſingula ætatis tempora ſingulos ſubſtitutos vocavit, id voluiſſe, ut nullo unquam caſu utrique ſimul pupillo ſuccedant, imo in uniuſcujuſque perſona ſuum tempus ſervetur ſeparatim, niſi vel ex priori, vel ex inferiori teſtamenti parte contraria teſtatoris voluntas à patre oſtendatur, quo caſu, quia conjecturis locus non ſupereſt ex vulgar. regula textus *in l. ille 25. §. 1. de leg. 3.* uterque ſimul ſubſtitut. ad impuberis hæreditatem admittitur.

3 Secundus extinguendæ pupillaris ſubſtitutionis modus eſt ille, ſi liberi antè parentis mortem ſui juris effecti ſint expreſſus textus, in *d. l. 41. §. cum filia 2. hoc tit.* quia cum ſubſtitutio antè parentum obitum confirmata nondum ſit, & ad eum caſum pervenerit, à quo incipere non poteſt, omnino debet extingui ex regula textus *in l. pluribus 140. §. ult. de verb. oblig.* junctis quæ pro ejus explicatione, & conciliatione cum *l. ambiguis 85. §. 1. de R. J.* ex Donello perſpicuè de more tradit *Arnold. Vinn. in §. ex contrario 14. inſt. de legat.* Hinc quoties pater, qui ſibi & impuberi filio teſtamentum fecit, ab hoſtibus poſtea captus filio impubere in civitate relicto in eorum poteſtate deceſſit, & impubes poſtea filius diem ſuum obiit, an per legem corneliam pupillares tabulæ confirmarentur, fuit inter ipſos conſultos controverſum, ut conſtat ex textu *in l. pater 10. de captiv.* Ubi refert Papin. quoſdam exiſtimaſſe pupillarem ſubſtitutionem evaneſcere, & legitimæ ſucceſſioni locum eſſe, qui ea ratione movebantur, ubi ſuperſtite adhuc parente, ſui juris filius efficitur, irrita pupillaris fit ſubſtitutio *d. l. 41. §. 2. hoc tit.* ſed cum pater ab hoſtibus capitur, & eorum ſervus efficitur, filius ſtatim ab ejus naturaliter adhuc ſuperſtitis poteſtate revera liberatur *l. pen. de liber & poſt:* ergo pupillaris omnino extinguitur ſubſtitutio, nec per legem corneliam confirmatur. Prævaluit tamen & meritò contraria ſententia exiſtimantium irritam hoc caſu pupillarem ſubſtitutionem non fieri, imò per legem Corneliam confirmari *leg. ex Cornelia 28. hoc tit. leg. 10. de captiv.* quia quandiù pater apud hoſtes ſuperſtes eſt, filius patria poteſtate in plenum liberàtus dici non poteſt *leg. penult. de ſuis & legit.* cum pendeat interim patris poteſtatis jus propter jus poſtliminii *leg. 1. §. 1. ad Maced. §. ſi ab hoſtibus 5. inſt. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* Ubi autem apud hoſtes pater decedit per fictionem legis Corneliæ ipſo captivitatis inſtanti fingitur deceſſiſſe, & ex eo demum tempore filius ſui juris factus retrocreditur, quibus fictionibus ſuppoſitis filius ſuperſtite adhuc parente ſui juris factus non fuit: ergo pupillares tabulæ cum paternis ſimul per legem Corneliam confirmantur, ut explicant præter plures, quos refert & ſequitur *D. Retes 6. opuſc. cap. 15. num. 7. Barboſa in d. l. 28. hoc tit. n. 3. & Cheſius 2. interpr. q. 43. per tot.* Hæc autem pupillaris ſubſtitutionis confirmatio non ex ſententia ut falsò opinabatur *Pichard. in lect. adn. 1. q. 24. n. 43.* ſed ex verbis legis Corneliæ proficiſcitur, quæ dum eorum teſtamenta, qui in captivitate deceſſerunt, confirmet, non ad ipſorum ſolum hæreditatem pertinet, ſed ad omnes hæreditates, quæ ad quemcumque ex eorum teſtamento pertinere potuiſſent, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſent, ut loquitur Julian. in *dict.*

20. *hoc tit.* quia cum pupillares tabulæ principalium tabularum pars ſunt, verba legis Corneliæ pupillares non minus quam paternas tabulas comprehendunt. Nec quidquam intereſt, an filius in paternis tabulis inſtitutus fuerit, vel exhæredatus, ſuperior etenim Juris ratio ex postliminii, & legis Corneliæ factionibus deſumpta æquè militat, ſive inſtitutus, ſive exhæredatus filius proponatur, ut adverſus Ant. Fabrum 3. *conject. q. 9. & lib. 10. q. 3.* & Pichardum *in lect. ad roſtrum 1. cap. 25. per totum* docent Cheſius *d. lib. 2. q. 43. ex num. 6.* & Retes *d. lib. 6. q. 15. n. 7.*

Tertius modus, quo pupillaris extinguitur ſubſtitutio, eſt, ſi filius impubes, vel ſuperſtite adhuc parente, vel poſt ejus obitum in alienam poteſtatem pervenerit, ut ecce ſi pater impuberem filium, cui pupillariter ſubſtituit, antiquo jure cuilibet quantumvis extraneo, hodiè autem avo, vel proavo paterno, vel materno in adoptionem dederit juxta terminos textus in *l. cum in adoptivis 10. C. de adopt.* duplici ratione irrita ſubſtitutio fit, & quia mortis tempore filius in naturalis patris poteſtate non eſt, & quia ſive ſuperſtite, ſive jam mortuo naturali parente in adoptivi patris poteſtate, & filius fam. invenitur, ac proinde nec teſtamentarium, qualis pupillaris eſt ſubſtitutus, nec legitimum hæredem poteſt relinquere ex vulgar. regula textus *in l. 6. qui teſtam. fac. poſſunt pr. inſt. quibus non eſt perm. fac. teſt.* ſimiliter nepotibus teſtamenti tempore à patre præceſſis facta pupillaris ſubſtitutio, ſiquidem morientis avi tempore, præceſſi adhuc inveniantur, nec teſtamentarium poſſint hæredem relinquere, ut conſtat ex his, quæ dixi *præced. cap. n. 9.* ex eadem ratione ſi impubes filius poſt patris obitum, cauſæ cognitione præhabita per principale reſcriptum fuerit adrogatus, quia eo modo filius fam. efficitur, & cum capite fortunas quoque transfert in adrogatoris poteſtatem *l. paterfam. 15. l. ſi adrogato 10. de adoptionibus l. qui ex liberis 11. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* pupillaris ipſi facta extinguitur ſubſtitutio, quod ut intelligatur ſcire oportet, impuberem olim adrogare non potuiſſe, ut Ulpian. teſtatur in fragmentis *tit. 8. de adoptionibus §. per Prætorem 4. verſ. pupilli*, quia nec ipſe animi judicium habet, nec tutori alienæ poteſtati eum ſubjicere permiſſum erat, non ſolum, quia in adrogationem datio omnino extrà tutelæ adminiſtrationem eſt, ut ex Hothomano aiebat *Obſual. 2. commen. Don. q. 23. lit. D.* ſed etiam quia tutoris auctoritas, quæ circa pupillarium facultatum adminiſtrationem verſatur, in id deſervire non poſſe credebatur, ut tutelam ipſam & adminiſtrandi facultatem extingueret, quæ ſanè per impuberis adrogationem extinguitur *leg. ſi adrogati 14. in pr. de tutel. §. 1. inſt. quib. mod. tut. fin.* ne alioquin inducta ad unum finem auctoritas ejus contrarium operaretur contra vulg. regulam textus *in l. legata 19. in pr. de legat. 1. l. legata 14. de adim. leg.* Rurſus impubere in adrogatione dato agnati jura legitimæ ſucceſſionis amitunt, cum agnationis jus, quo legitimæ deferuntur hæreditates, per minimam capitis diminutionem, quæ per adrogationem contingit prorſus extinguatur *§. ult. de leg. ag. tut.* & adrogatus ut poté filiusfam. nec teſtamentarium, nec legitimum hæredem poſſit relinquere, qua etiam ratione per impuberis adrogationem pupillaris à naturali patre facta finitur ſubſtitutio: ne ergo in tutoris eſſet arbitrio tutelam, & à patre factam pupillarem ſubſtitutionem extinguere, aut pupilli agnatos ſpe legitimæ ſucceſſionis fraudare, impubes olim ne tutore quidem auctore potuit in adrogationem dari.

5 Poſtea verò ex Divi Antonini conſtitutione impuberis adrogationem fuiſſe permiſſam conſtat ex Ulpiano *dict. tit. 8. §. 4.* ita tamen ut tutoris intercedat auctoritas, & cauſæ cognitio apud Magiſtratum præcedat, in qua plurima excutiuntur, quæ continentur *in d. leg. 15. §. adrogatoribus 2. cum ſeq. leg. nec ei. 17. per tot. de adopt. leg. ult. C. de auct. præſt. leg. 3. C. de adopt. §. cum autem 3. inſt. eod. tit.* nec jam in tutoris arbitrio eſſe dici poteſt tutelam ipſam extinguere, cum impuberis adrogatio non niſi cauſæ cognitione apud Magiſtratum præhabita per principale reſcriptum expediatur. Sed tamen cum animadvertiſſet Antoninus impuberis, quam permitebat, adrogationem, aut pupilli agnatis fraudi eſſe, cum per eam pupillaris expiret ſubſtitutio, & agnationis jura tollantur, nec rationi eſſe conſentaneum, ut principale beneficium ad alienam jacturá porrigatur *d. l. 43. in pr. verſ. etenim iniquum hoc tit.* nec inde injuriæ naſceretur occaſio, unde jura naſci debuiſſent, ut ad rem aliã eleganter aiebant *impp. in l. meminerint 6. c. unde vi.* non aliter fieri impuberis adrogationem ſtatuit, quam ſi datis fidejuſſoribus caveat adrogator perſonæ publicæ, beneficio ideſt, tabellario, ſi pupillus intrà ſtubertatem deceſſerit, reſtitutum ſe bona illis, qui, ſi adoptio facta non eſſet, ad ejus ſucceſſionem venturi eſſent *d. l. 17. §. ult. cum 3. legib. ſeqq. de adopt. d. l. 2. C. eod. tit. d. §. 3. inſt. eod.* Hi autem ſunt vel pupillaris ſubſtitutus; ſi naturaliter pater impuberi filio ſecundas tabul. fecerit, vel proximiores agnati ex his, quos pupillus antè adrogationem tam pupillaris à naturali patre facta ſubſtitutio, quam legitimæ ſucceſſionis jura perimantur, ſuperioris cautionis remedio tam pupilli agnatis, quam pupillari ſubſtituto ſatis proſpectum eſt, qui & impuberi adrogato intrà pubertatem decedenti tamquam hæredes non ſuccedant, cum impubes in adoptiva familia decedens nec teſtamentarium, nec legitimum hæredem poſſit relinquere, utili tamen ex ſtipulata actione poſſunt adverſùs adrogatorem, & ab eos datos fidejuſſores experiri, & pupilli conſequi facultates, ut expreſſè Papin. decidit *in l. cauſa cognita 40. hoc tit.* dum docet, quod ſi impubes adrogatus decedat, quemadmodum agnatis principali auctoritate vinculo cautionis proſpicitur, ſic & pupillari ſubſtituto à naturali patre dato ſuccurritur, ita ut ſive agnatis, ſivè ſubſtitutis dumtaxat utiles actiones præſtentur *l. 2. §. pen. verſ.* ſed ſi fortè impubes ad Tertyllian. ut docet *Cujac. 29. qq. Pap. in d. l. 40. hoc tit. & Barb. in l. 10. §. in adrogato 6. hoc tit. n. 2. cum 2. ſeqq. & n. 15.* habet autem locum hæc cautio, ubi pupillus intrà pubertatem decedit, ac ſi puberem ætatem egreſſus vita deceſſerit, ſatis datio evaneſcit *d. l. 20. de adopt.* quia etſi adrogatio non interceſſiſſet, pupillaris tamen ſubſtitutio per pubertatem expiraſſet, nec ex eo, ubi naturalis pater impuberi filio tabulas ſecundas non fecit, agnatis, quos antè adrogationem pupillus habebat, injuria

juria

juria fieri intelligitur ex his, quæ tradunt omninò videndi *Ant. Fab. in Papin. tit. 11. de adoptionibus p. 1. illat. 11. circa fin. & Oroz. lib. 5. de apicibus q. 6. n. 8. cum ſeq.*

6 Ab hac tamen communi Interpretum calculo recepta ſententia diſcedit *Ant. Fab. d. illat. 11. ferè per tot.* enixè perſuadere contendens, quod ubi impubes per principale reſcriptum adrogatur, cautionis vinculo agnatis quidem, quos antè adrogationem pupillus habebat, proſpicitur, & legatis etiam, aut libertatibus ſecundis tabul. relictis, non etiam pupillari ſubſtituto, niſi ſervus cum libertate pupillariter ſit ſubſtitutus, quod ut evincat ſic arguit; pupillaris ſubſtitutio pupilli teſtamentum eſt; ſed impubes adrogatus relinquere pupillarem hæredem non poteſt: ergo nec cautionis vinculo pupillari ſubſtituto poteſt eſſe conſultum. Rurſus pupillaris ſubſtitutio contra ſtricti juris rationem fuit propter pupillarem utilitatem recepta: ergo per adrogationem, quæ non aliter, quàm ſi cauſæ cognitione præhabita pupillo expedire viſa fuerit, fieri permittitur, extingui ita debet, ut nec cautionis vinculo debeat ſubſtituto ſuccurri, ne alioquin plus privilegii habeat, quam aliud quodlibet patris famil. teſtamentum, quod penitus per adrogationem extinguitur *d. l. 11. §. ult. de bonor. poſſ. ſec. tab.* His Fabri fundamentis facilè reſpondeo ex eo quod cautionis vinculo ſit pupillari ſubſtituto proſpectum, non inferri impuberem adrogatum teſtamentarium hæredem relinquere, nec enim ſubſtitutos tanquam hæres, aut ſubſtitutionis, quam extinctam eſſe fatemur, jure ſuccedit, ſed cautionis beneficio pupilli bona conſequitur, quemadmodum & agnatis, qui legitimi hæredes impuberi adrogato exiſtere dici non poſſunt, eodem cautionis conſulitur beneficio, & diſſimilis prorſus teſtamenti à pubere patrefam. facti cauſa eſt, quod ideo ita per ejus adrogationem extinguitur, ut nec cautionis vinculo inſtituto hæredi ſuccurratur, quia ſicut liberum teſtatori fuit perfectum teſtamentum cancellare, ſic & propria abrogatione irritum illud conſtituere; at pupillus ne tutore quidem auctore potuit per voluntariam adrogationem à naturali patre factam pupillarem ſubſtitutionem extinguere ex regula textûs *in l. in tabulis 36. de ſtat. liber.* qua ratione Antonini Pii conſtitutio, ſicuti pupilli utilitati conſuluit, dum cauſa cognita fieri ejus adrogationem permiſit, ſic & pupilli agnatis, & pupillari ſubſtituto per cautionis remedium proſpexit. Hanc ſolutionem præſentiens Fab. ſubjungit favorabiliorem ideo proximioris agnati, quam pupillaris ſubſtituti cauſam eſſe, quia pupillaris ſubſtituti perſona certa eſt, quæ non niſi improbè, præmaturè & contra bonos mores de ſuperſtitis adhuc impuberis hæreditate poteſt eſſe ſollicita *d. l. 2. §. interdum 2. hoc tit. l. 1. §. ſi impuberi 21. de collat. bon.* At illius perſona, qui pupillo ab inteſtato eſt ſucceſſurus, incerta omnino eſt, quia dum ſuperſtes pupillus eſt, quiſnam mortis ejus tempore proximior agnatus futurus ſit ignoratur, nec improbè agnati dici poſſunt, qui de ſuperſtitis adhuc impuberis hæreditate non ſibi ipſis nominatim, ſed ei qui pupilli mortis tempore proximior fuerit agnatus, conſervanda ſolliciti ſunt; ſtat ergo optimè pupilli dumtaxat agnatis non etiam pupillari ſubſtituto per cautionis beneficium ſuccurri, ſed præter quam quod poteſt etiam quiſnam pupillariter ſit ſubſtitutus, ignotari, ſi pupillares tabulæ ſint ſeparatim conſcriptæ Reſp. Patrem adrogatorem publicæ perſonæ, non vero pupillari ſubſtituto cavere, qui cum cautionem ipſe à accipiat, de impuberis adhuc viventis hæreditate ſollicitus dici non poteſt.

Ab auctoritate ſuam opinionem adſtruit 7
Ant. Fab. ex textû in *d. l. 17. §. 1. de adopt.* Ubi docet Ulpian. pupillorum adrogationem his dumtaxat permitti debere, qui vel naturali cognatione vel juſta affectione ducti adoptarent, ne in tutorum eſſet poteſtate, & tutelam finire, & à patre factam ſubſtitutionem extinguere: ergo per impuberis adrogationem omnino pupillaris extinguitur ſubſtitutio. Expendit & textùm *in d. leg. his verbis 19. eod. tit.* ubi aſſerit idem Ulpian. verbis ſatisdationis, quæ ab abrogatore præſtatur, & libertatibus, & legatis ſecundis tabul. relictis proſpectum eſſe, & multò magis ſervo ſubſtituto; tum ſic, ſi per cautionis beneficium fuiſſet pupillari ſubſtituto ſuccurſum, non niſi fruſtra Ulpian. ſcripſiſſet, libertatibus, & legatis ſecundis tabulis relictis proſpectum fuiſſe, conſervato etenim pupillaris ſubſtitutionis effectu dubitare nemo poſſet omnia in ſecundis tabulis relicta per cautionis beneficium conſervari: dum ergo Ulpian. libertatibus & legatis proſpectum nominatim ſcribit, pupillari ſubſtituto ſuccurſum non fuiſſe ſupponit. Rurſus ſi cautionis beneficium pupillari cuilibet ſubſtituto ſuccurreret, ſervo ſubſtituto ſuccurri non niſi fruſtrà Ulpian. admoneret, quiſnam & enim dubitaret cautionis beneficium, quod pupillari cuilibet ſubſtituto ſuccurreret, ſervo etiam cum libertate ſuccurrere deberet ſubſtituto: cum ergo ſubſtituto ſervo ſuccurri ſignanter conſultus advertat, alii cuilibet pupillari ſubſtituto præter ſervum non fuiſſe proſpectum ſentit. Expendere etiam potuiſſet textum ad rem adhùc non animadverſum in *dict. leg. 2. §. impuberem 5. ad Tertyllian.* Ubi docet idem Ulpian. impuberem filium, cui pater ſecundas tabulas fecerat, tunc certum eſſe inteſtatum deceſſiſſe, cum ſubſtituti ejus omiſerint hæreditatem. Ex quo infert, quod ſi impubes fuerit adrogatus, dicendum eſt Matrem ad ejus bona ex S. C. Tertylliano admitti, quæ haberet, ſi inteſtatus deceſſiſſet, tum ſic; en ubi ſi impubes adrogatus decedat, ejus bona non ad pupillarem ſubſtitutum, ſed ad Matrem cautionis beneficio ſpectant: ergo per cautionis vinculum agnatis dumtaxat, aut cognatis, non etiam pupillari conſulitur ſubſtitutio.

Nulla tamen ex his Ulpiani deciſionibus Fa- 8
bri opinioni ſuffragatur, textûs etenim in *d. l. 17. §. 1. de adopt.* Solum probat per impuberis adrogationē pupillarem ſubſtitutionem extingui, non vero negat per cautionis vinculum pupillari ſubſtituto ſuccurri. Similiter & textûs in *d. l. 19. eod.* dum ſatisdationis vinculo libertatibus, & legatis ſecundis tabulis relictis proſpectum affirmat, pupillari etiam ſubſtituto proſpectum eſſe ſupponit, ut ex eo conſtat, quod Ulpian. id neminem dubitare ſcribit, profecto vero ſi per cautionis vinculum proſpectum pupillari ſubſtituto non fuiſſet, dubitari graviter poſſet, an libertatibus, & legatis ſecundis tabulis relictis proſpectum eſſet? Et poſteà ſubjicit conſultus, multo magis neminem dubitare ſubſti-

tuto etiam ſervo proſpectum eſſe, pupillari cuilibet ſubſtituto, & libertati ſecundis tabulis relictæ cautionis conſulitur beneficio, multo magis ſubſtituto ſervo, in quo & ſubſtitutionis & libertatis ratio reperitur, debet eſſe proſpectum. Difficillior videri poteſt textus in *d. l. 2. §. 5. ad Tertyll.* quem tamen duplici modò intelligi poſſe exiſtimo, primo ſi dicamus, quod Ulpian. ſcribit, ſi impubes adrogatus decedat, ejus bona ad Matrem pertinere, intelligendum tunc eſſe, cum ſcilicet naturalis pater impuberi filio tabulas ſecundas non fecit. Secundo & verius forſan dicendum arbitror præfatam Ulpiani ſententiam accipiendam ſic eſſe, ut ſi impubes adrogatus deceſſerit, & à naturali patre datus pupillaris ſubſtitutus ejus bona, quæ ſibi reſtitui cautionis jure deſiderare poſſet, recuſaverit, mater perinde, ac ſi inteſtatus filius deceſſiſſet, ejus bona cautionis jure perſequi poſſit, quò Ulpianum reſpexiſſe ipſa textus ſeries perſuadet, initio ait conſultus tum demum certum eſſe impuberem filium, cui pupillariter parens ſubſtituit, inteſtatum deceſiſſe, & legitimæ matris ſucceſſioni ex Tertylliano S. C. locum eſſe, cum ſubſtituti hæreditatem omiſerint: quod ergo poſteà ſubjicit, ſi impubes adrogatus deceſſerit, ejus bona ad matrem pertinere, perinde ac ſi inteſtatus deceſſiſſet, ſiquidem in eiſdem terminis factæ ſcilicet, pupillaris ſubſtitutionis accipiatur, ut ſuadere videtur dictio illa *quare*, qua utitur Ulpian. ad eoſdem etiam ſubſtitutorum terminos repudiationis referendum neceſſariò eſt, ut ſic eodem in omnibus themate retento poſterior verſiculus anteriori cohæreat.

9 Fortiori utique ratione (ut ad viam jam redeamus) ſi impubes filius ſuperſtite adhuc parente ab hoſtibus captus eſt, & ſive vivo, ſive mortuo patre in eorum poteſtate deceſſerit, pupillaris extinguitur ſubſtitutio *d. l. 28. verſ. ſi vero vivo hoc tit.* quia ſive vivo adhuc patre deceſſerit, eo tempore, quo ſecundæ non magis, quam primæ tabulæ confirmari potuerunt, deceſſiſſe invenitur; ſivè mortuo jam patre naturaliter filius deceſſerit, juris cenſura ipſo captivitatis inſtanti, & ſic filius famil. retrocreditur deceſſiſſe, ac proinde nec teſtamentarium, qualis eſt pupillaris ſubſtitutus, nec legitimum hæredem poteſt relinquere. Sin autem impubes filius poſt patris obitum ab hoſtibus captus in eorum poteſtate deceſſerit, dubitari quidem poteſt, an pupillares tabulæ per impuberis ſervitutem irritæ factæ per legē Corneliam poſſint confirmari? In qua re omiſſis, quæ tradunt *Ant. Fabr. d. lib. 10. conject. q. 5. & D. Retes lib. 6. opuſc. q. 15. num. 19.* Dicendum breviter eſt cum Pichardo *in lect. ad n. 1. q. 27. per tot. & Cheſio dict. lib. 2. interpr. q. 44. per tot. & Amaya 2. obſerv. q. 2. ex num. 37.* quod ſi legis Corneliæ verbâ intueamur, pupillares tabulæ non confirmantur, Cornelia namque lex de ſecundis tabulis ſeorſim à paternis nihil loquuta ejus dumtaxat perſonam demonſtravit, qui teſtamenti factionem habuiſſet, ut ait Papin. in *d. l. 10. §. 1. de captiv.* ex mente tamen legis, quæ legitimam impuberis apud hoſtes decedentis hæreditatem ab inteſtato confirmavit, cum tamen pupillus inteſtatus deceſſiſſe propriè dici non poſſit, pupillaris ſubſtitutio confirmatur, quia licèt impubes teſtamenti factionem non habuerit, pupillaris tamen ſubſtitutio, quamvis à patre facta pupilli teſtamentum eſt, & eorum bona, qui in hoſtium poteſtate decedunt, ſive teſtamenti factionem habuerint, ſivè non habuerint, vel ex verbis, vel ex ſententia legis Corneliæ ad eos pertinent, ad quos pertinerent, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſent juxta textùm ſic intelligendum in *l. bona 22. in pr. de captiv.* Hinc exponendus eſt textûs in *d. l. 28. verſ. ſed ſi pater hoc tit.* Ubi docet Julian. quod ſi poſt mortem patris impubes filius ab hoſtibus captus in eorum poteſtate deceſſerit, non commodè dicitur ejus hæreditatem ex lege Cornelia ad pupillarem ſubſtitutum pertinere, quia ſcilicet lex de ſecundis tabulis à paternis ſeorſim confirmandis loquuta non fuit: ergo Julianus ſentit, quod ſi Corneliæ legis verba inſpiciamus, non commodè dicitur hæreditatem ad ſubſtitutum pertinere, ſi vero legis mentem & ſententiam attendamus, commodè dicitur ſecundas tabulas confirmari, & ad ſubſtitutum hæreditatem pertinere. Cui tamen ſic explicatæ Juliani deciſioni adverſari Papin. videtur in *d. l. 10. §. 1. de captiv.* Ubi cum in eadem ſpecie legis Corneliæ verba deficere aſſeruiſſet, alienum non eſſe ſubjungit Prætorem ſubſequi non minus patris, quam legis voluntatem, & utiles actiones in hæreditatem ſubſtituto dare: ergo cum ad Prætoris auxilium confugiat, nec ex verbis nec ex mente legis Corneliæ, pupillares tabul. ſentit confirmari. Verum cum Amaya ubi nuper reſpondeo, Papinianum in *d. l. 10. §. 1.* non negare ſecundas tabul. ex mente & ſententia legis Corneliæ confirmari, ſed potius aſſerere non modo jure Civili ex mente ſcilicet, legis Corneliæ, ſed & Prætorio confirmari, alienum namque non eſſe ſcribit Prætorem ſubſequi non minus patris, quam legis voluntatem, & tam juxta parentis voluntatem, quam juxta legis ſententiam utiles actiones in hæreditatem ſubſtituto dare, non quia directæ actiones deficiant, quæ ex ſententia non minus, quam ex verbis legis proficiſcuntur ex regula textûs, in *l. 6. §. 1. de V. S. cum ſimil.* Sed quia ſi ſubſtitutus ſecundum tab. bonorū poſſeſſionē adjuvandi juris Civilis gratia à Prætore introductam agnoſcere maluerit, utiles ei actiones à Prætore dantur, quæ licet directæ poſſint appellari, quatenus ex edicti verbis proficiſcuntur, quia tamen cum civilibus ex ſententia legis Corneliæ deſcendentibus conferuntur, uſu juris utiles appellantur *l. tutor 16. §. ult. de pign. act. juncta l. 1. de ſuperficiebus §. nam ſi cui. 4. inſt. de actionibus.*

Illud tamen adhuc ſubtili diſquiſitione dignum occurrit, utrum ſcilicet, ſi poſt patris obitum impubes filius ab hoſtibus captus, & puberem jam ætatem egreſſus in eorum poteſtate deceſſerit, pupillares tabulæ ex mente & ſententia legis Corneliæ confirmentur? In qua ſpecie *Goffr. in d. l. 28. hoc tit. n. 9. cum 2. ſeqq. & Petri Barb.* in eodem textûs *num. 9.* ex mente legis pupillares tabulas ſentiunt confirmari ratione illa ſubnixi, quod filius qui apud hoſtes decedit, per fictionem legis Corneliæ ipſo captivitatis inſtanti impubes adhuc erat: ergo licet puberem ætatem egreſſus revera deceſſerit, impubes tamen fingitur deceſſiſſe, ac per conſequens ex mente legis debent pupillares tabulæ confirmari. Aſſumptum probat *Goffred. ex d. l.* 10

28. *verſ. quare etiam hoc tit.* Ubi ſi impubes filius ſuperſtite adhùc parente ab hoſtibus captus ſit, & poſt patris obitum apud hoſtes naturaliter deceſſerit, quamvis eo tempore revera deceſſerit, quo patriæ poteſtatis jus pendere dici non poſſet, quia tamen eo ipſo captivitatis inſtanti, & ſic filius famil. fingitur deceſſiſſe, pupillaris ſubſtitutio per legem Corneliam non confirmatur: ergo ex eadem ratione in contrarium verſa, ſi impubes filius poſt patris obitum ab hoſtibus captus, puberem poſtquam ætatem impleverit, in eorum poteſtate deceſſerit, quamvis revera pubes jam factus deceſſerit, quia tamen ipſo captivitatis inſtanti, & ſic impubes adhuc fingitur deceſſiſſe, pupillares tabulæ debent per legem Corneliam confirmari. Ex contrario tamen Coſta, cui libenter ſuſcribo *in ca. ſi pater 2. parte verbo defunctis antè tempore pubertatis num.* 6. pupillares tabulas in præſenti ex ſententia Corneliæ legis confirmari non poſſe docet, quia eorum bona, qui in hoſtium poteſtate decedunt ad eos pertinent vel ex verbis, vel ex mente legis Corneliæ, ad quos ſpectarent, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſent *d. l. 22. in pr. de captiv.* ſed ſi filius poſt patris obitum in hoſtium poteſtatem non perveniſſet, & pubes jam factus in Civitate deceſſiſſet, ejus hæreditas ad pupillarem ſubſtitutum non pertineret, utpotè jam pupillari ſubſtitutione per pubertatem extincta: ergo licet impubes poſt mortem patris ab hoſtibus captus apud eos pubes jam factus decedat, non eò magis ex ſententia legis Corneliæ ejus hæreditas poterit ad ſubſti-
11 tutum pertinere.

Nec tunc Goffredi & Barboſæ fundamentum refragatur, quia licet quandiu pupillus apud hoſtes naturaliter ſuperſtes eſt, pendeat jus pupillaris ſubſtitutionis propter jus poſtliminii, ubi apud ipſos puberem ætatem egreditur, pupillaris ſtatim abrumpitur, ſubſtitutio, nec pendere jam amplius dici poteſt, & quamvis pubes jam factus apud hoſtes decedens ipſo captivitatis inſtanti deceſſiſſe fingatur, non ideo legis corneliæ menti locus eſt, quæ id ſolum agit, ut teſtamentariam, aut legitimam ſucceſſionem in eorum gratiam confirmet, ad quos hæreditas pertineret, ſi captivus in hoſtium poteſtatem non perveniſſet, & in civitate deceſſiſſet *d. leg. 22. de captiv.* & fingat eum, qui apud hoſtes decedit, ipſo captivitatis inſtanti deceſſiſſe, in præſenti non impuberem jam factum ipſo captivitatis inſtanti fingit deceſſiſſe, ut pupillarem ſubſtitutum excludat, & legitimo hæredi locum faciat, eamdemque captivi hæreditatis cauſam conſtituat, quæ eſſet, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſet, & in civitate deceſſiſſet. Si cum adverſariis inſtes; lex cornelia fingit, captivum ipſo captivitatis inſtanti deceſſiſſe; ſed in propoſito filius qui revera pubes jam factus apud hoſtes deceſſit, captivitatis inſtanti impubes adhuc erat ergo dum captivitatis inſtanti fingitur deceſſiſſe, non poteſt non impubes adhuc deceſſiſſe fingi, impoſſibile namque eſt, quod impubes captus ſit, & quod captivitatis inſtanti pubes jam factus deceſſiſſe fingatur. Reſpondendum exiſtimo, quod etſi falſum omnino ſit dicere impuberem captum ipſo captivitatis inſtanti puberẽ jam factum deceſſiſſe, quia tamen eum puberem jam factum capi poſſibile fuit, id ſufficit, ut fingere lex Cornelia poſſit eum quamvis adhuc impuberem revera captum jam puberem captum fuiſſe, & captivitatis inſtanti deceſſiſſe, quia fictio omnis poteſt eſſe de poſſibili, licet ſit de falſo, ut ſic impuberi capti, & apud hoſtes puberis jam facti decedentis hæreditatis eadem cauſa conſtituatur quæ foret ſi numquam captus in civitate deceſſiſſet. Nec magis obſtat paritas deducta ex *d. leg. 28. uſq. quare etiam hoc tit.* nam ubi impubes filius vivo patre captus poſt ejus mortem apud hoſtes decedit, pupillaris non poteſt confirmari ſubſtitutio, quia ſi veritatem attendimus ſervus hoſtium revera deceſſit, ſi fictionem ſpectamus, captivitatis inſtanti, & ſic filiusfamilias fingitur deceſſiſſe. Si dicas cur ergo lex cornelia non fingit, eum captivitatis inſtanti morte patris ſui juris effectum deceſſiſſe, quemadmodum & diximus eum, qui impubes revera captus pubes jam factus apud hoſtes decedit, ipſo captivitatis inſtanti puberem jam factum deceſſiſſe fingi. Reſpondeo, quod cum fictiones eatenus jus admittat quatenus neceſſitas exigit, ut cum Ant. Fabro docet Ulpianus & *Valentia 3. illuſtr. tr. 1. cap.* 1. Ubi impubes captus poſt puberem ætatem impletam apud hoſtes decedit, ideo captivitatis inſtanti pubes jam factus fingitur deceſſiſſe, quia alioquin contra juris regulas jam puberi decedenti pupillaris ſubſtitutus ſuccederet, cujus abſurdi vitandi, neceſſitas ſuperiorem fictionem extorſit, at ubi ſuperſtite patre captus poſt ejus obitum apud hoſtes decedit, quamvis fingi poſſet ipſo captivitatis inſtanti morte patris ſui juris effectus deceſſiſſe ideo tamen hujuſmodi fictionem jus non admittit, quia ejus inducendæ nulla eſt neceſſitas, cum nullum ex eo ſequatur abſurdum, quod ex eo quod captivitatis inſtanti, & ſic filiusfamilias deceſſiſſe credatur, nec teſtamentarium nec legitimum hæredem poſſit relinquere.

Conſtat ex his pupillarem ſubſtitutionem 12
extingui, ſi impubes filius, vel ſuperſtite adhuc parente, vel poſt ejus obitum in alienam poteſtatem pervenerit, vel vivo patre ſui juris effectus ſit, ſed quia evenire facile poteſt, ut emancipatus impubes per adoptionem in patriam poteſtatem redigatur juxta textum in *leg. qui liberantur 42. de adoptione.* & ut impubes poſt patris obitum adrogatus per emancipationem, aut mortem adrogatoris ſui juris iterum efficiatur, quæri ſolet an in his caſibus extincta pupillaris ſubſtitutio convaleſcat? in qua re civile jus à Prætorio ſeparandum omnino eſt, civile etenim jus quemadmodum continuam activam teſtamenti factionem in quolibet teſtatore deſiderat, adeo ut medii temporis inhabilitas irritum teſtamentum faciat, ſic & in pupillo, cujus teſtamentum pupillaris eſt ſubſtitutio, medii etiam temporis habilitatem expoſcit, Prætorium autem jus, ſicuti ut ſecundù tabulas bonorum poſſeſſionem indulgeat activam teſtamenti factionem ſolum ex mortis tempore requirit, nec de medii temporis curat habilitate *leg. 1. §. exigie 8. de bon. poſſ. ſec. tab. §. non tamen per omnia 6. inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* ſic nec in pupillo medii temporis habilitatem requirit, adeo ut pupillari ſubſtituto ſecundum tabulas

bonorum poſſeſſionem indulgeat, licet itaque in ſuperioribus caſibus extincta ſemel pupillaris ſubſtitutio convaleſcere civili jure non poſſit ex præteria tamen æquitatem convaleſcit, & quamvis factum à pubere patre familias teſtamentum per ejus adrogationem irritum factum ſiquidem teſtator ſui juris jam factus deceſſerit, ita demum Prætorio jure cum effectu convaleſcat, ſi teſtator ipſe novo aliquo judicio ſuam voluntatem confirmaverit *leg. qui ex liberis* 11. *§. ult. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Ad hoc tamem ut pupillaris ſubſtitutio per impuberis adrogationem extincta, ex eo quod impubes ſui juris factus deceſſerit, cum effectu Prætorio jure convaleſcat, novo aliquo judicio opus non eſt, pupillaris etenim ſubſtitutio, dum per impuberis adrogationem extinguitur, non tam pupilli judicio nulla eſt *§. preterea* 1. *inſt. quibus non eſt perm. fac. teſt.* quam ſola juris neceſſitate extingui dici poteſt, conſtat autem, quod ubi per involuntariam aliquam capitis diminutionem irritum teſtamentum conſtituitur, ſiquidem teſtator duplici tempore teſtamenti ſcilicet, &, mortis activam teſtamenti factionem habuerit, abſque ulla ſupremæ voluntatis confirmatione cum effectu prætoris jure convaleſcit *d. leg.* 11. *§. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* & ad rem docent Petr. Barboſa *in d. leg.* 10. *§. in adrogato 6. hoc tit. ex num.* 29. uno tamen caſu tam civili, quam prætorio jure pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, ſi ſcilicet impubes filius ab hoſtibus vivo patre captus poſtliminio redierit, & poſt patris obitum in civitate, deceſſerit, tum quia per poſtliminii fictionem numquam apud hoſtes, & ſemper in civitate fuiſſe creditur, utroque jure pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, quæ per captivitatem non tam abrumpi, quam ſuſpendi dici potuit ex regula textus *in leg. 6. §. quatenus* 12. *de injuſt. nupt. & in §. ult. inſt. quibus non eſt permiſſ. fact. teſt.* junctis quæ tradit D. Retes *d. lib. 6. opuſc. cap. 8. ex num.* 11.

13 Quartus modus, quo pupillaris evaneſcit ſubſtitutio, eſt, ſi impubes filius turbato mortalitatis ordine ante patrem deceſſerit, tunc duplici expedita ratione pupillaris extinguitur ſubſtitutio, quia impubes filiusfamilias deceſſit, & quia tempore deceſſit, quo nondum confirmatis ſuperſtitis adhuc parentis tabulis confirmari ſecundæ tabulæ non potuerunt. Ad quam juris partem ſpectat difficilis Papiniani deciſio *in leg. quid ſi filius* 11. *in primo de captiv.* ubi cum pater ab hoſtibus captus fuiſſet, impubes filius, qui in civitate manſit, prior deceſſit, & mox pater apud hoſtes diem ſuum obiit, reſpondit conſultus nihil eſſe, quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt nullo unquam caſu pupillarem ſubſtitutionem conſiſtere, ſive quia vivo patre filiusfamilius deceſſiſſe intelligitur, ſive quia non reverſo eo exinde ſui juris filius fuiſſe videtur, ex quo pater in hoſtium poteſtatem pervenit, quæ difficilis ſané ratio explicanda ſic eſt, ubi poſt patrem apud hoſtes decedentem impubes filius in civitate deceſſit, an pupillares tabulæ confirmarentur, inter conſultos fuit controverſum, quidam exiſtimarunt irritas ſecundas tabulas fieri, quia filius vivente patre ſui juris factus intelligitur, ex quo pater in hoſtium poteſtatem pervenit; alii vero quorum ſententiam & veriorem Papinianus firmavit in textum quem jam ſupra *num.* 3. explicuimus in *d. leg.* 10. *in pr. de captiv.* propter legis corneliæ fictionem contrarium cenſuerunt. Nunc autem in *d. leg.* 11. *in in pr. eod. tit.* ubi poſt patrem ab hoſtibus captum prius in civitate filius decedit, mox pater apud hoſtes, ut in utriuſque ſcholæ ſententia indubitate evaneſcere pupillarem ſuſtitutionem demonſtret, utriuſque rationibus utitur, prima veriſſima eſt, & illa ſubtiliſſima, filius, qui patre apud hoſtes adhuc ſuperſtite vita decedit nondum in plenum patria poteſtate liberatus, & ſic filiusfamilias mori intelligitur *d. leg. pen. de ſuis & legitim.* ergo teſtamentorium hæredem, qualis pupillaris eſt ſubſtitutus, relinquere non poteſt, præcipuè cum eo tempore deceſſerit, qeo nondum confirmato patris teſtamento quod non niſi poſt naturalem ejos mortem confirmatur, *leg.4. C. de poſtlimin. reverſ.* confirmari ſecundæ tabulæ non potuerunt. Secunda ratio, quam Papinianus *in d. leg.* 10. *in pri.* falſam docuerat, & in præſenti in id ſolum adducit, ut in hojuſmodi quæſt. non diſſenſiſſe conſultos oſtenderet, ex contrariæ ſcholæ auctoribus ſic procedit, ubi pater apud hoſtes decedit, filius exinde ſui juris fuiſſe videtur, ex quo pater in hoſtium poteſtatem pervenit, & ſic non per naturalem patris mortem, ſed per ejus captivitatem patria poteſtate fuit liberatus, ergo juxta utriuſque ſcholæ principia irrita pupillaris fit ſubtſiſtutio, ut feliciter Papinianum explicuit D. tetes *dict. lib. 6. opuſc. cap.* 15. *num.* 8. Variis interpretationibus omiſſis; quas excogitarunt præter antiquiores Cujacius *tit. 31. q.44.* Papin. *in d. leg.* 28. *hoc tit. num.* 11. Faber. 10. *conjectur. cap.* 6. Pichard. *in lect. ad noſt. tit. cap. ult. per tot.* Valentia 1. *illuſtr. text. 3. cap.9. & num.*14. *obſerv. cap. 2. ex num.* 24. Cheſius 2. *interp. cap. 45. per tot.*

Illico tamen adverſus ſic intellectam doctrinam & ſententia Papinianus illud occurrit, 14 quod dum apud hoſtes parens decedit per fictionem legis Corneliæ ipſo captivitatis inſtanti creditur deceſſiſſe: ergo impubes filius qui poſt captivitatem deceſſit, neceſſario poſt patrem deceſſiſſe intelligitur, & ex paternæ mortis tempore, quod cum captivitatis inſtanti conjungitur, ſui juris factum retrocreditur, ac per conſequens debent ſecundæ tabulæ confirmari. Aſſumptum ex eo confirmatur, quod filius, qoi poſt patrem ab hoſtibus captum in civitate decedit, ſi poſtea apud boſtes pater moriatur, pater familias creditur deceſſiſſe, & legitimum hæredem relinquit *d. leg. pen. de ſuis & legit. leg. 1. §. 1. ad* Tertyll. *leg. proponebatur 9. in pr. de caſtr. pec.* ergo ex eadem ratione in eiſdem terminis impubes filius poterit teſtamentarium hæredem qualis eſt pupillaris ſubſtitutus, relinquere. Cui difficultati reſpondendum eſt, quod ubi poſt patrem ab hoſtibus captum prior filius in civitate decedit, pupillaris, quæ pendebat antea ſubſtitutio, ſtatim extinguitur, cum impubes nondum in plenum patria poteſtate liberatus, aut potius incerti ſtatus decedens teſtamentarium hæredem relinquere non potuerit, & cum eo tempore deceſſerit, quo ſuperſtite adhuc patre

apud hoſtes confirmari ſecundæ tabulæ non potuerunt: extincta igitur durante captivitate pupillaris ſubſtitutio confirmari poſtea per fictionem legis corneliæ non debet, quæ adinſtar poſt liminii fictionis circa ea dumtaxat operatur, quæ in ſuſpenſo fuerunt durante captivitate, non circa ea, quæ vel ex captivitatis, inſtanti, vel in ipſa captivitate fuerunt extincta, ut docent Fab. Valentia & Amaia in *anterior. num. finem* laudati, quidquid dicat Retes *d. lib. 6 cap.* 11. *num.* 4. Nec adverſum, ſed diverſum eſt, quod filius qui poſt patrem ab hoſtibus captum in civitate decedit, ſi apud hoſtes poſtea pater moriatur, legitimum hæredem relinquat ex ſupra dictis juribus, nam ad hoc, ut quis poſſi legitimum hæredem relinquere, nulla proprii ſtatus certitudo requiritur, ſed ſufficit, quod pater familias reveta deceſſerit, aut ex poſtfacto deceſſiſſe credatur ut conſiderat. Goffredus *in leg. ſi pater* 22. *hoc. tit. num.* 44.

15 Ex eiſdem principiis intelligendus eſt textus *in d. leg. ſi pater* 29. *hoc tit.* ubi ſi prior pater, deinde filius in hoſtium poteſtatem pervenerint, & prius apud hoſtes pater deceſſerit, ſiquidem poſtea filius poſtliminio reverſus impubes in civitate decedat, pupillares tabulæ confirmantur, quia cum per poſtliminir fictionem filius in captivitate fuiſſe credatur, perinde conſiſtit ſubſtitutio, ac ſi ambo, pater ſcilicet, & filius in civitate deceſſiſſent, at ſi poſt patrem apud hoſtes mortuum filius in captivitate deceſſerit; legem corneliam ad pupillarem ſubſtitutionem non pertinere reſpondit Scævola, quia licet per fictionem legis Corneliæ ambo captivitatis inſtanti deceſſiſſe fingantur, & ſic filius poſt patrem captus poſterior deceſſiſſe credatur, hujuſmodi tamen fictio pupillaris ſubſtitutionis inducere confirmationẽ ideo non poteſt, quia hoc ipſo, quod filius captivitatis inſtanti creditur deceſſiſſe, ſuperſtite adhuc patre apud hoſtes deceſſiſſe intelligitur; quo caſu irritæ, ſecundæ tabulæ fiunt, nec per legem corneliam confirmantur *d. leg.* 11. *in pr. de captiv. docet Gofred. in d. leg.* 29. Hoc ipſum ſentit Papinianus qui cum Scævola ſine pace pugnare vulgo creditur in *dict. leg.* 11. §. 1. *de captiv.* Ubi ſi ambo ab hoſtibus capti ſint, & prior pater decedat legem Corneliam ſufficere reſpondet ſubſtituto, non alias ſcilicet, aut quod idem eſt, non aliter legem Corneliam ſubſtituto ſufficere, quam ſi poſt patrem apud hoſtes mortuum reverſus filius in civitate deceſſerit: ergo ſi ambo in captivitate deceſſerint, quamvis prius pater diem ſuum objerit, tam ex Papiniani, quam ex Scævolæ ſententia irrita pupillaris fit ſubſtitutio, prout Papinianum accepit Gofred. *in d. leg.* 29. *num.* 20. quam interpretationem immerito carpit Amaya *d. l.* 2. *cap.* 2. *num.* 55. *cum ſeq.* cui ex dictis occurrere quilibet poterit, ut opus non ſit emendatione Fabri *d. l.* 20. *c.* 7. quem ſequuntur Pichart. & *Valentia* ab Amaya ubi nuper relati *num.* 54. aut aliis interpretationibus, quas tentarunt potius quam firmarunt Cheſius *d. lib.* 2. *cap*4. 0. *per tot. &* *D.* Retes *dict. lib.* 6. *cap. is. nu.* 11. cui noviſſimo ſubſcribit Oſcenſis Accademiæ eruditiſſimus Primarius D. D. Joſephus Martinez *de. Villar in Accurata vere diſert. de pupill. ſubſtitutione*, quæ diebus hiſce ex ejus juſſu ad manus noſtras pervenit *cap.* 4. §. 3. *ex num.* 54. qui *numero* 31. *cum* 2. *ſeqq. cum* Fabro *dict. lib.* 11. *cap.* 7. rectè animadvertit, quod etſi pater & filius ſimul cum hoſtibus capti fuiſſent, & in captivitate deceſſiſſent, irrita pupillaris fieret ſebſtitutio, idemque juris eſſet, etſi ſimul eodem ſubito caſu apud hoſtes interjiſſent, quia etſi ambo ſimul eodem caſu in civitate deceſſiſſent, evaneſceret ſubſtitutio, ut tradit Coſta *in §. cum in bello verbo patrem prius mortuum num.* 5. tum quia impubes filius cum patre ſimul decedens prior deceſſiſſe præſumitur *leg. qui duos d. §. ult. in fin. de reb. dub.* tum quia etſi uno eodemque inſtanti ambo præſumerentur deceſſiſſe, non eo magis pupillaris conſiſtere ſubſtitutio, ut potè que conſiſtere non aliter poteſt, quam ſi impubes filius parenti ſupervixerit, conſtat evrò quod omnes illæ diſpoſitiones, quæ non aliter conſiſtunt, quam ſi alter alteri ſupervixerit, ambobus ſimul decedentibus evaneſcunt *l. quod de parit* 16. *in pr. &* §. 1. *cum* 2. *ib. b. ſeqq. de reb. d.* junct. D. Re. 7. *op. q.* 5. *ex n.* 29.

Quintus exſtinguendæ pupillaris ſubſtitutionis modus ille eſt, ſi pupillaris ſubſtitutus antè impuberem filium deceſſerit, quippe cum pupillaris ſubſtitutionis jus ſuperſtite adhùc pupillo, aut poſt ejus mortem ad hæredem tranſmitti ante aditam hæreditatem non poſſit *leg. ſed ſi plures in p. junctis l. qui plures* 23. *l.* Lucius 43. §. 1. *hoc tit. l. toties* 81. *de acq. hæred.* poſt ſubſtituti mortem antè impuberis obitum contingentem extingui neceſſum eſt. Huc referendus eſt textus *in l. qui habebat* 45. *hoc tit.* Ubi qui filium & filiam impuberes in poteſtate habebat, filium hæredem inſtituit, filiam exhæredavit, etſi filius intrà pubertatem deceſſiſſet, & exhæredatam filiam ſubſtituit, filius verò ſi antequam nuberet, ideſt, ſi antequam ad nubilem ætatem perveniret, obtinet uxorem, & ſororem ſuam pupillariter ſubſtituit, & cum pubes filia (ſic florentina lectio habet, quam vulgatæ præferendam meritò omnes ferè D.D. contendunt) prior deceſſiſſet, deinde frater ejus impubes, quærebatur, an filii hæreditas ad uxorem & ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis pertineret? Et reſpondit ſcævola ſecundũ ea, quæ proponerentur, impuberis filii hæreditatem ad ea jure ſubſtitutionis non pertinere, quia cum exhæredata filia fratri ſuo pupillariter ſubſtituta, eo adhùc vivente deceſſerit, pupillaris ſubſtitutionis jus tranſmittere ad uxorem & ſororem teſtatoris ſibi pupillariter ſubſtitutas non potuit, unde ſi prior frater impubes deceſſiſſet filia ei jure ſubſtitutionis hæres extitiſſet, & in ejus poſteà decedentis impuberis hæreditate fratris etiam hæreditatem uxor & ſoror teſtatoris pupillariter ſubſtitutæ invenirent; at quia impubes filia prior deceſſiſſe proponebatur, nec tranſmiſſionis, ut jam vidimus, nec magis proprio jure uxor & ſoror teſtatoris ſuccedere ex cauſa ſubſtitutionis potuerunt, quod enim dicitur ſubſtitutum ſubſtituti etiam inſtituto ſubſtitutum intelligi, & ſive antè, ſive poſt inſtitutum prior ſubſtitutus defecerit, ſecundo ſubſtituto locum eſſe *l. ſi titius* 27. *l. Cohæredi* 41. *in princ. hoc tit. l. quandiù* 69. *verſ. is autem de acq. hæred.* §. *ſed ſi inſtituto* 3. *inſt. de vul-* 16

gari. in volgari dumtaxat, non etiam in pupillari ſubſtit. procedit ex traditis à Duareno in *paraphraſi ad n. 1. q. 16. in fin.* Ex quibus infertur, quod etſi pupillaris ſubſtitutus talis ſit, qui adveniente ſubſtitutionis caſu pupillo neceſſarius hæres exiſteret, veluti ſi impuberis frater in eadem poteſtate conſtitutus fuerit, ſi tamen ambo eodem caſu fataliter interierint, pupillaris extinguitur ſubſtitutio expreſſus textus in *l. ſed in illo* 18. *de reb. dub.* quia cum ambo eodem temporis inſtanti deceſſiſſe præſumantur, nec alter alteri ſupervixiſſe credatur, conſiſtere pupillaris non poteſt ſubſtitutio, quæ non aliter exitum ſortitur, quam ſi impuberi ſubſtitutus ſupervixerit ex his, quæ in fin. ſuperior. numeri diximus.

17 Sextus modus, quo pupillaris extinguitur ſubſtitutio eſt, ſi paternum teſtamentum quacumque ratione ruptum, irritumvè factum ſit, quia cum ſecundæ tabulæ priorum tabularum pars, & ſequela ſint *l. ſicut* 11. *quemadmodum teſtam. aper.* §. *liberis* 4. *inſt. hoc tit.* non poſſunt cum prioribus fortunam experiri ex vulgar. regula textus in *l.* 2. *de pec. leg. cum ſimil.* Hinc ſi agnatione, aut quaſi agnatione ſui hæredis paternum teſtamentum rumpatur, in neceſſariam conſequentiam pupillaris extinguitur ſubſtitutio *d. l.* 2. *in princ. verſ. nam ſi principale hoc r.* ad quam partem referebat Ant. Fab. *9. conject. q. 5.* textum *in l. ſi pater filium* 26. *hoc tit.* qui tamen in vulgaris ſubſtitutionis terminis accipiendus potius eſt ex doctrina Cujacii 29. *ff. Juliani in eo textu*, & Petri Barb. in *l. 1. hoc tit. n.* 388. *& ſeqq.* ſimiliter ſi parens qui ſibi, & impuberi filio teſtamentum fecerat, poſteà ſibi tantum legitimis ſolemnitatibus adhibitis teſtamentum fecerit, ſicuti per poſterius teſtamentum ſuperius principale rumpitur, ſic & pupillares tabulæ eandem patiuntur jacturã expreſſus textus *in l. ſi quis cum* 16. §. 1. *verſ. nam etſi ſibi hoc tit.* & ex eadem ratione paterno teſtamento per inofficioſi querelam reſciſſo, irritæ ſecundæ tabulæ fiunt *leg. Papin.* 8. §. *ſed nec impuberis* 5. *verſ. ſed ſi in patriæ de inofficioſo teſtam.* Ubi id ita procedere Ulpian. docet, ſi paternum teſtamentum in totum fuerit per inofficioſi querelam reſciſſum, nam ſi pro parta domtaxat everſum ſit, quod juri non repugnare conſtat *ex l. circa* 24. *eod. tit.* pupillaris adhùc conſiſtit ſubſtitutio, quod & agnovit Julianus in *l. in ſubſtitutione* 21. *in princ. verſ. fortè ex cauſa hoc tit.* Cum paterni teſtamenti jus non modo in totum ab initio conſtiterit, ſed & poſt exitum querelæ pro parte permanſerit. Hodiè verò poſt novam Juſtiniani conſtitutionem in *Auth. ex cauſa C. de l. præter.* teſtamento etiam in totum per inofficioſi querelam reſciſſo, quemadmodum legata, & reliqua capita firma remanent præter inſtitutionem, ſic & pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, quia licèt ſecunda ſit inſtitutio, certum tamen eſt Juſtinianum dum ſolam inſtitutionem per inofficioſi querelam everti conſtituit, de ea dumtaxat inſtitutione ſenſiſſe, qua pater ſibi hæredẽ ſcripſit, non de pupillari ſubſtitutione quæ tota non ad patris, ſed ad impuberis hæreditatem ſpectat, ut docent Donell. *6. comment. q. 25.* & plures alii, quos congerit *Oſ-ſual. ibi litt. V.*

18 Eo itaque jure, quod antè novam illam Juſtiniani conſtitutionem obtinuit, paterno teſtamento in totum per inofficioſi querelam reſciſſo, irrita pupillaris fiebat ſubſtitutio, ut præter jam adducta jura probat ab argumento textus in *l. jure noſtro* 26. §. *de teſtam. tut.* in quo ſicut & in aliis inofficioſi querela à contra tabul. bonorum poſſeſſione longè diſtat, nam etſi in teſtamento quod pater ſibi, & impuberi filio fam. fecit, filius alter emancipatus ſit præteritus, & contra tabul. bonorum poſſeſſionem agnoverit, non ideo pupillaris evertitur ſubſtitutio *l. ex duobus* 34. §. *ult. leg. etſi contra tab.* 35. *hoc tit. l. ult.* §. *ſi filius* 2. *& ſeq. de leg.* 3. *l. filius* 5. *in pr. &* §. 1. *de legat. præſt.* contra tabul. bonorum poſſeſſione petita, cujus inter inofficioſi querelam & contra tabul. bonorum poſſeſſionem diſcriminis ratio hæc eſt, per inofficioſi querelam omnino paternum teſtamentum evertitur, & res ad inteſtati cauſam redigitur, principali autem ſubverſo teſtamento non poteſt non pupillaris everti ſubſtitutio, quæ ejus pars, acceſſio & ſequela eſt *d. l.* 11. *quemadm. teſtam. aper. dict.* § 5. *inſt. hoc tit.* at ex contrario contra tabul. bonorum poſſeſſio, quamvis parentis judicium reſcindat *l. 1. de legat. præſt.* & bona ſeriptis hæredibus auferat, quæ in emancipatum præteritum filium transfert *l. cum emancipatus* 13. *in princ. de bon. poſſ. contra tab.* qui à Prætore hæredis loco conſtituitur ex volgar. regula textus in *l.* 2. *de poſſ. bonor.* teſtamentum tamen non reſcindit, cum inteſtatum patrem fam. non efficiat, imo ex teſtamento competere dicatur *l. 4. C. de Collat.* §. *ſunt autem* 3. *inſt. de bonor. poſſeſſ.* ut cum aliis tradit D. Retes *in adverſar. de bonor. poſſ. contra tab. q. 7. n.* 2. qui per integrum illud caput eleganter fundat contra tabul. bonorum poſſeſſionem eas dumtaxat teſtamentarias diſpoſitiones reſcindere, quæ ad defuncti parentis bona pertinent *d. l.* 13. *in pr. de bonor. poſſ. contra tab. leg. hi quibus* 23. *de legat. præſt.* quo ſcilicet ſenſu per eam minus propriè teſtamentum reſcindi dicitur in *l. ut liberis* 11. *C. de Collat.* eas verò diſpoſitiones teſtamenti, quæ patrimonii diminutionem noo continent, illæſas relinquere, ac proinde pupillarem ſobſtitutionem ex qua non patris, ſed impuberis hæreditas defertur, reſcindi per contra tab. bonorum poſſeſſionem non poſſe. Accedit, quod inofficioſi querela, quæ ex jure Civili deſcendit, efficit, ut qui ſemel hæres extitit, numquam hæres extitiſſe videatur *leg. eum qui* 21. §. *ult. cum aliis de inofficioſo teſta.* at contra tabul. bonorum poſſeſſio, quæ ex Prætoris edicto proficiſcitur, eam vim habere non poteſt, cum Prætor ſicuti facere hæredem noo poteſt. §. *quos autem* 2. *inſt. de bonor. poſſ.* ſic nec efficere, ut qui ſemel hæreditatem adiit, nuſquam hæres extitiſſe credatur; cum ergo hæreditatis aditio per contra tabul. bonorum poſſeſſionem non reſcindatur, quia paternum adhuc manet teſtamentum, pupillaris etiam ſubſtitutio perſeverat. Unde infertur non prætorio dumtaxat, ut falsò Barthol. & antiquiores alii in *d. l.* 34. §. *ult. hoc tit.* opinabantur ſed civili etiam jure agnita contra tabul. bonorum poſſeſſione pupillarem ſubſtitutiooe conſiſtere, cum utroque jure paternum adhùc teſtamentum perſeveret, alioquin ſi juxta veterum opinionem prætorio dumtaxat jure ex edicto *de legat. præſt.* pupil-

latis conſiſteret ſubſtitutio ſecundis tabul. relicta legata non omnibus, ſed exceptis ſolum perſonis ſubſtitutus præſtare teneretur, contrarium verò conſtat *ex d. l. 5. in pr. de legat. præſt.* ut acutè ratiocinatur *Coſta in §. & quid ſi tantum 3. parte num.* 145. *cum ſeq.*

19 Nec huic doctrinæ reſiſtunt textus in *l. is qui 22. hoc tit. d. l. 5. §. non ſolum 4. verſ. cui conſequens de legat. præſt. l. in ſervitute 16. §. ſi quis 5. de bon. libert.* in quibus non negatur agnita contra tabul. bonorum poſſeſſione pupillarem adhùc ſubſtitutionem conſiſtere, ſed ſolum aſſeritur, quod ſi emancipatus filius præteritus impuberi fratri pupillariter ſubſtitutus contra tabul, bonorum poſſeſſionem petierit à ſubſtitutione repellitur, quod longè diverſum eſt, & ut plenius percipiatur, ſciendum eſt, quod ſi non pupillaris ſubſtitutus, ſed emancipatus frater præteritus contra tab. bonorum poſſeſſionem agnoverit, pupilli intrà pubertatem decedentis hæreditatem non modo adire, ſed & cum effectu retinere poſſit ſubſtitutus juxta textûs ſic intelligendos in *d. l. 34. §. ult. hoc tit. & in d. l. 5. in princ. & §. 1. de legat. præſt.* ſi verò emancipatus filius præteritus fratri pupillariter ſubſtitutus contra tabul. bonorum poſſeſſionem agnoverit, quamvis poſſit impuberis hæreditatem adire, eam tamen cum effectu non retinet, imò à commodo ſubſtitutionis repellitur, quia cum filius parentis judicium impugnaverit, ex eo commodum conſequi non debet, & cum pupillaris ſubſtitutio ex parentis judicio directè proficiſcatur *d. l.* 8. §. 5. *de inofficioſo teſt.* ab eo tanquam ab indigno fiſcus eripit impuberis hæreditatem *l. 2. in princ. de his quæ ut indign. auf.* quo ſenſu exitu videlicet inſpecto pupillari ſubſtituto, qui contra tabul, bonorum poſſeſſionem accepit, impuberis fratris hæreditatis perſecutio in ſup. adductis juribus dicitur denegari, quod & procedere, etſi pupillaris ſubſtitutus, qui contra tabul. bonorum poſſeſſionem petiit, victus in judicio fuerit, docent cum aliis Caſtrenſis, & alii, quos ſequitur Petr. Barboſa *in dict. l. 22. hoc tit. ex num.* 6. quorum ſententia tunc ſolum vera eſſe poteſt, cum quæſtio illa inciderit, an ſcilicet, bona, an mala mente emancipatum filium præterierit, prout in terminis textûs in *leg. ſi emancipatus 16. de bonor. poſſ. contra tab.* junctis, quæ dixi 2. *cap. n.* 4. alioquin emancipatus filius prætorius contra tabul. bonorum poſſeſſionem quæ edictalis eſt, & abſque cauſæ cognitione præteritis indulgetur, non poteſt non obtinere; ſic autem reſtricta ſuperior doctrina ex eo à ſimili confirmatur quod ſi exhæredatus filius impuberi fratri pupillariter ſubſtitutus inofficioſi querelam intenderit, & victus in judicio fuerit, quia quantum in ſe fuit, paternum teſtamentum evertere curaverit, indignus eſt, ut lucrum aliquod ex parentis judicio nanciſcatur, & ab eo tanquam ab indigno impuberis fratris hæreditatem fiſcus aufert ex regula textûs *in d. leg.* 8. §. *meminiſſe 14. de inofficio teſt.* Nec tunc obſtat textûs in *d. l. 5. §. ſi quis. 3. de leg. præſt.* Ubi ideo ſi quis contra tabul. bonorum poſſeſſionem acceperit, & poſtea apparuerit eum ex eis liberis non eſſe, qui petere bonorum poſſeſſionem poſſunt, indignitatem non contrahit, quia uti cenſeo, per errorem bonorum poſſeſſionem accepit, & ex defectu conſenſus, qui per errorem excluditur *l. ſi per errorem 15. de juriſdict.* contrahere indignitatem non potuit, quamvis Barboſa ubi nuper *num.* 9. ejus textûs deciſivam rationem conſtituat, quod ex inutili bonorum petitione indignitas oriri non poteſt, qui dicendi modus ex eo facilè refellitur, quod ex inutili actu ſæpè utilis, efficaxque voluntas deſumi conſuevit *l. ult. de reb. eor. l. licet* 20. *l. legatum 24. §. 1. de adim. legat. l. 1. in princ. & §. adſignare 3. de adſign. libert.* junctis quæ tradunt Ant. Gom. 2. *var. q.* 14. *n.* 16. D. Olea *de ceſſ. jur. tit. 2. quæſt. 5. ex n.* 21. D. Retes, *lib. 3. de interdict. & relegat. n.* 76. ſed ad hoc ut quis indignitatem contrahat, ſufficit, quod reſcindere paternum teſtamentum voluerit, quamvis non obtinuerit: ergo ſi in *d. l.* 3. §. 3. non per errorem, ſed conſultò accepta bonorum poſſeſſio fuiſſet, ex hujuſmodi, quantumvis inutili petitione indignitas oriri debuiſſet.

Sed quando in præfatam indignitatis ſpe- 20
ciem incidimus, non nullos alios caſus, in quibus pupillaris ſubſtitutus indignitatem contrahit, & in effectu ab impuberis hæreditate repellitur, colligere nec alienum erit, nec injucundum, & quidem quoties pupillaris ſubſtitutus paternum teſtamentum arguit, veluti ſi illud falſum eſſe dicat, à ſubſtitutione repellitur *l. 5. §. qui principales 14. de his quæ ut indign. aufer.* Ubi dicitur, quod quemadmodum qui teſtamentum arguit, Codicillos etiam arguere cenſetur, ſic & qui paternum teſtamentum arguit, ſecundas tabul. quæ ejus para ſunt, improbare intelligitur, & è converſo, ſicuti qui falſos Codicillos dicit, non ideo teſtamentum arguit *l. heredi 15. eod tit.* ſic & qui ſecundas coarguit tabul. non ideo principales cenſendus eſt impugnaſſe, imo in eis ſibi relicta capere cum effectu poteſt. Similiter ſi pupillaris ſubſtitutus ſuper defuncti impuberis ſtatu controverſiam moveat, ab ejus hæreditate tanquam indignus ſubmovetur, cujus rei elegans exemplum extat apud Papinianum in *l. cum tabulis 16. in princ. eod. tit.* Ubi cum pater impuberi filio fratris filios ex parte pupillariter ſubſtituiſſet, & poſt mortem pueri, ſubſtituti fratris filii ejus matrem ſubjecti partus ream poſtulaſſent, ut patrui legitimam hæreditatem vindicarent, nec obtinuiſſent, victis partem hæreditatis ex cauſa ſubſtitutionis auferendam conſultus reſpondit; quæ quidem Papiniani deciſio diſplicuit *Ant. Fabro 6. conject. q.* 19. ex eo quod qui non jure factum teſtamentum contendit, & de ejus jure diſputavit, nec teſtatoris judicium creditur impugnaſſe, nec indignus efficitur *d. l. 5. §. 1. l. ſi teſtamentum 14. eod. tit.* ſed ſi ſubſtituti fratris filii qui impuberis defuncti matrē ſubjecti partus ream poſtularunt de teſtamenti ſolum jure, & viribus diſputarunt, quia ſi partum ſubjectum eſſe conſtitiſſet, ex defectu voluntatis teſtatoris nullum teſtamentum eſſet ex regula textus in *l. 4. C. de hæred. inſt. cum ſimil*: ergo non ideo teſtatoris judicium impugnarunt, ac per conſequens non debent commodò ſubſtitutionis privari. Audax tamen hæc Fabri adverſus Papin. opinio ex eo facilè convincitur, quod ſubtiliſſimus Papin. non ideo indignos eſſe

Digitized by Google

ſubſtitutos reſpondit, quod teſtatoris judicium
impugnaſſent, quod non arguiſſe conſultorum
Princeps non poterat ignorare, ſed potius,
quod defuncto impuberi controverſiam ſtatus
moverunt, quiſquis verò defuncto ſtatus mo-
vet controverſiam, ejus hæreditate indignus
efficitur *l. ſi immicitiæ* 9. §. *ult. eod. tit.* ratio
autem illa, qua utitur conſultus, quia ex teſta-
mento ſententiam ſecundùm ſe dictam non ha-
berent, quam immerito Faber emendavit, ex-
plicanda ſic eſt, ideo à victis ſubſtitutis hære-
ditatis partem fiſcus aufert, quia ex teſta-
mento, id eſt, circa teſtamenti nullitatem ſen-
tentiam ſecundum ſe dictam non habuerunt,
quam ſi obtinuiſſent, legitimæ ſucceſſionis
jure non modo partem ſuam retinerent, ſed
& partem alteram paternæ hæreditatis vindi-
carent. Nec his omnibus opponitur textus in *l.
facto* 43. §. *ult. hoc tit.* ubi ſi alter ex hæredi-
bus in primis tabulis ſcriptus, & in ſecundis
impuberi pupillariter ſubſtitutus tacitam fidem
accommodaverit de reſtituendo fideicommiſſo
incapaci, quamvis indignus paterna hæredi-
tate efficiatur, pupillaris ſubſtitutionis etiam
per illa verba conceptæ *quiſquis mihi hæres erit*
&c. commodum cum effectu ideo rettinet,
quia licet contra leges deliquerit, & eo omni
emolumento privetur, quod ex legum poteſ-
tate deſcendit *l. ſi totam* 83. *de acq. hæred.
leg. hæres* 11. *de his quæ ut indign. l. beneficio*
39. §. 1. *ad l. falcid.* at ſic teſtatoris judicium
non offendit, cui potius, quantum in ſe fuit,
plenum obſequium exhibere curavit *l.* 3. *de
probat. l. ſi tacitum* 13. *ad l. falcid.* & ſic pu-
pillaris ſubſtitutionis commodo, quod non ex
legum auctoritate, ſed ex parentis teſtatoris
juditio proficiſcitur, privandus non eſt, ut
docent *Val.* 1. *illuſtr. tr.* 1. *q.* 2. *n.* 24. D. Re-
tes, *in adverſar. de inofficio teſt. q.* 23. *n.* 6.

Aliquando verò pupillaris ſubſtitutus im-
puberis hæreditate indignus efficitur, nec ta-
men hæreditas ad fiſcum pertinet, ſed agna-
21 tis, aut cognatis abinteſtato defertur, quod
ut intelligatur ſcire oportet, olim Divi Severi
conſtitut. cautum fuiſſe, ut mater, quæ impu-
beri filio tutorem non petiiſſet ab ejus impu-
beris decedentis inteſtata ſucceſſione, tan-
quam indigna ſubmoveretur, nec tamen ad
fiſcum hæreditas pertinent, imo proximioribus
agnatis deferretur *l.* 2. §. 1. *&* 2. *cum aliis
qui petant tutor. l.* 2. §. *ſi mater* 23. *cum omnib.
ſeqq. præcipuè* §. *ult. ad Tertyll. l.* 3. *C. eod. tit.*
Verum quia hæc Severi conſtitut. ad inteſtatam
dumtaxat impuberis hæreditatem pertinebat,
poſtea *Theodoſius*, *&* *Valentinian. Impp. in l.
omnem* 6. *C. ad Tertyll. & in l. ſejam* 10. *C. de
legit. hæred.* noviter conſtituerant, ut etſi ma-
ter fuerit impuberi filio pupillariter ſubſtituta,
ſiquidem tutorem ei non petierit, ſubſtitutio-
nis commodo privetur, & generaliter ut pupil-
laris quilibet ſubſtitutus, qui tutorem ei non
petierit, ab ejus hæreditate ſubmoveatur, quas
forſitan conſtitutiones reſpiciens *Juſtin. in* §.
pen. inſt. de S. C. Tertyll. Matrem, quæ liberis
tutorem petere neglexerit, ab eorum impu-
berum morientium ſucceſſione repellendam
generaliter ſcribit, nec curat an inteſtati, an
verò cum teſtamento à patre facto impuberes
filii decedant. Nec contrarium probat textus in
l. ult. §. *hæc autem* 3. *qui pet. tutor.* Omiſſo
etenim Ant. Fabro in Papin. *tit.* 13. *de tutel.
princ.* 5. *illat.* 8. dicendum eſt matrem, quæ li-
beris tutorem non petiit ab eorum dumtaxat
bonis, & hæreditate ſubmoveri, non verò à
fidei commiſſo mariti teſtamento relicto, quod
quidem non ex impuberis, ſed ex mariti teſ-
tatoris bonis percipitur, ut docent Barb. *in
l. Centurio* 15. *hoc tit. num.* 179. *Oſual.* 3.
comm. Don. q. 8. *litt. G. Gutierrez de tutel.* 1.
parte q. 16. *num.* 46. *cum ſeq.* Ant. Gomez *in
l.* 14. *taur. n.* 18. ſi dicas Tryphoninum in
d. l. ult. §. 2. ideo matrem fideicommiſſo
non privari reſpondiſſe, quia ejus petitio ex
alieno judicio deſcendit, quæ ratio æquè
militat in pupillaris ſubſtitutionis commodo.
Reſp. Tryphoninum in ſua conſtitutione ſuo
ſæculo concludere omnino ex ſup. dictis ejus
autem ſententiam etiam poſt novas conſtit.
procedere, non quidem ex ejus ratione, quæ
falſa hodiè eſt, ſed ex tradito nuper diſcrimine
inter fideicommiſſum, & pupillarem ſubſtitu-
tionem. Difficillior profecto eſt textus *in l. ami-
ciſſimos* 36. *in princ. de excuſat. tutor.* Ubi
agnovit difficultatem Goffr. cujus ſolutionibus
omiſſis reſpondendum exiſtimo, quod licet is,
qui à tutela teſtamen. ſe excuſaverit, legatum
eodem teſtamento ſibi relictum amittat, quod
ad pupillum pertinet, cujus utilitates diverſæ
ſunt *l. qui tutelam* 28. *de teſtam. tut. l. tutor.*
26. §. 1. *Neſenus* 32. *cum* 3. *legibus ſeqq. de
excuſat. tutor. l. etiam* 111. *de legati* 1. *d. l.*
5. §. *amittere* 2. *de his quæ ut indign.* ſi tamen
impuberis fuerit ſubſtitutus, lucrum ſubſtitu-
tionis non amittit, ſi remunerandæ fidei cauſa,
& propter injunctam tutelam relictum fuerit *d.
l.* 28. §. 1. *d. l.* 32. *verſ. non ſemper de excuſat.
tutor.* pupillaris autem ſubſtitutionis commo-
dum non amittit, quod cum in tempus finitæ
tutelæ conferatur, propter injunctæ tutelæ
contemplationem relictum non creditur, ut ait
Paul. in *dict. leg.* 36. At quod quis ob tuto-
rem impuberi non petitum ejus ſucceſſione
privetur non ex parentis teſtatoris judicio pro
venit, ſed ex principalibus conſtitutionibus,
ex quibus ideo pupillaris ſubſtitutionis, quæ
ob injunctam tutelam ſcripta non creditur,
emolumento ſubſtitutionis ſubſtitutus, qui
tutorem impuberi non petierit, omnino pri-
vatur. Alter indignitatis pupillaris ſubſtituti
caſus extat in *l.* 3. §. *eadem* 27. *ad ſyllan.*

Jam poſtquam caſus, in quibus indigni- 22
tatem pupillaris ſubſtitutus contrahit, colli-
gimus, quod ſupra diximus paterno judicio per
contra tab. bonor poſſeſſionem reſciſſo pupil-
larem adhuc ſubſtitutionem illæſam manere
procedit etſi impubes ipſe cui ſecunda tabulas
pat. fecit, conbonorum poſſeſſionem petierit *d.
l.* 35. *hoc tit. d. l. ult.* §. 2. *cum ſeq. de legat.* 3. *dict.
leg.* 5. *in pr. &* §. 1. *de legat. præſt.* in quibus
illud extat exemplum, ſi impubes filius à patre
hæres inſtitutos commiſſo edicto per emanci-
cipatum fratrem præteritum ſecunda tabulas
bonorum poſſeſſionem agnoverit, quia licet
is, qui eam bonorum poſſeſſionem petit, le-
gati perſecutionem in effectu amittat, *leg. ſed
ſub conditione* 28. §. 1. *de bonor. poſſ. con. tab.
d. leg.* 5. §. *omnib.* 2. *de legat. præſt.* utilitatem
tamen pupillaris ſubſtituti ſibi in paterno teſ-
tamento conſtituti ideo non amittit, quia
nec cum tutoris auctoritate poteſt ſibi factam
pupillarem

pupillarem ſubſtitutionem reſcindere, & ſubſtituti ſpem fraudare *leg. in tabulis* 36. *de ſt.ar. liber.* ut conſiderat Coſta *in cap. ſi pater* 3. *par. verb. cenſendum num.* 11. & Barboſa *in dict. leg.* 21. *hoc tit. num.* 17. Accedit, quod nec per ſecundas tabulas bonorum poſſeſſionem paternum teſtamentom reſcinditur, nec ex eo quod impubes eam bonorum poſſeſſionem agnoverit, ſubſtitutus, qui parentis judicium non impugnavit, debet tanquam indignus impuberis hæreditate privari, Ex eadem ratione eiſi exhæredarus impubes (inſtitutus non ex eo poteſt de inofficioſo teſtamento queri, quod pupillarem ſubſtitutionem acceperit *d. l.* 8. §. *ſiquis impuberi* 7. *de inoff. teſt. l. ex tribus* 26. *C. eod. tit.*) cui pater ſecundas tabulas fecir inofficioſi querelam intenderit, & non obtinuerit, aut vel antiquo jure inſpecto pro parte ſolum paternum teſtamentum everterit, vel noviſſima Juſtiniani conſtitutione attenta in *d. Auth. ex cauſa C. de liber prater.* totum teſtamentum irritum fecerit, non ideo ſibi factæ pupillaris ſubſtitutionis honorificum commodum amittit, ut potè quam proprio facto irritam conſtituere non poteſt, ut ſen it *Barb. in l.* 2. *hoc tit. n.* 122. *cum ſeq.*

23 Expoſito jam diſcrimine inter inofficioſi querelam & contra tabul. bonorum poſſeſſionem, ſpecies altera irriti facti paterni reſtamenti ſuccedit explicanda, ſi in eo ſcilicet, ſcriptus hæres paternam hæreditatem repudiaverit, tum quia irritum paternum teſtamentum redditur, *pr. inſt. de hared. qua ab imeſt. defer.* pupillaris etiam extinguitur ſubſtitutio *l.* 1. §. 1. *l. adeo l. ſi plures* 10. §. *ſi ex aſſe.* 4. *h. tit.* quod quidem intelligendum eſt ſic, ſi pater extraneũ hæredem ſcripſerit, & exhæredato impuberi pupillariter ſubſtituerit, ut expreſſit Ulpianus in *leg.* 10. §. 4. ex quo textu explicandus eſt alter euſdem conſulti textus in *d. leg.* 2. §. 1. *verſ. adeo.* ſin autem impuberi filio hæredi inſtituto ſecunda tabulas parens fecerit, quamvis impubes ſe à paterna abſtituerit hæreditate, per nudam ſui hæredis exiſtentiam pupillaris confirmatur ſubſtitutio, ut docent Cujac. D. Fabr. & Schiphordeger. *relati à ſantolaria interpretatione* 10. *num.* 2. Coſta *in cap. ſi pater* 2. *parte verb. deferuntur ex num.* 3. Valentia 3. *illuſ. leg.* 1. *cap.* 7. *num.* 13. Pinell. 2. *ſelect. cap.* 13. *num.* 2. Barboſa *in leg. ſi filius qui patri* 12. *hoc tit. ex num.* 15. *& noviſſimè* D. Joſephus Martinez del Villar. *de pupillar. cap.* 3. §. 2. *ſect.* 1. *ex num.* 90. quorum ſententia ab auctoritate expreſſè probatur ex *dict. leg. ſi filius qui patris* 12. *hoc tit. leg. filius ff. leg. Julianus* 42. *de acq. hered.* & ſequenti juris ratione fulcitur ex his quæ in teſtamentis ſcribuntur, quædam præter ipſius teſtamenti confirmationem hæredis etiam factum, & miniſterium expoſcunt, qualia ſunt legata, & fideicommiſſa, quæ quidem ſi ſuus hæres ſe ab hæreditate abſtinuerit, non debentur *leg.* 1. §. *ult. ut in poſſeſ. legator.* textus ſic intelligendus in *leg.* 1. §. *qui ſunt in poteſt.* 7. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* tales etiam fideicommiſſariæ ſunt libertates, quæ ſuo hærede ſe abſtinente non debentur argumento textus in *d. leg.* 1. §. *ult. ut in poſſeſ. legat. junct. leg.* 1. *C. de fideicomiſſ. libert.* Ut cum judicio tradit omnino videndus Coſta *ubi ſupra num.* 12. qui ſubtiliter non minus, quam vere interpretaruxtum *in l. cum quaſi* 30. §. *ſed. et ſi ſuus.* 10. *eod. tit.* qui nos in communem contrariam interpretũ opinionem induxit in *Accadem. ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 2. *num.* 32. quædam velò ſolam teſtamenti confirmationem, nec hæredis factum expoſcunt, & per nudam ſui hæredis exiſtentiam etiam abſtenſione ſequuta omnino confirmantur, ut videre eſt in directa libertate *leg. ſciendum* 32. *de manumiſſ. teſt. in exhereditate d. leg.* 12. *hoc tit.* Sed pupillaris ſubſtitutio ex ſolius parentis judicio proficiſcitur, nec ullum hæredis factum expoſtulat, ut notum eſt: ergo per nudam ſui hæredis exiſtentiam abſtenſione ſequuata debet cum effectu confirmari.

Veriſſimæ huic ſententiæ contradicere Ul- 24
pian. videtur non leviter in vulgari, nec tamen vulgariter explicando textu qui nonnullos à communi, quam propugnamus, ſententia abire coegit in *l. apud Julian.* 11. §. 1. *ad trebell.* Ubi cum teſtator cum impubere filio duos alios hæredes inſtituiſſet, eoſque filios ſubſtituiſſet, & in ſecundis tabulis accepit, unum ex hæredibus inſtitutis cogere adire patris hæreditatem, hoc enim facto, inquit, & confirmatis patris. tabul. poterunt ex ſubſtitutione ambo cogi adire, & reſtituere hæreditatem: tunc ſic; en ubi impubes filius hæres inſtitutus à paterna ſe abſtinuit hæreditate, quod neceſſariò ſupponendum eſt, alioquin ſi ſe immiſcuiſſet, omnino confirmatum paternum teſtamentum foret, nec ad ejus confirmationem unius ex extraneis cohæredibus aditio deſideratur; & tamen non aliter pupillaris conſiſtit ſubſtitutio, quam ſi unus ex extraneis cohæredibus paternam adierit hæreditatem: ergo per nudam ſui hæredis exiſtentiam abſtenſione poſtea ſequuta, pupillaris non confirmatur ſubſtitutio. Variis interpretum opinionibus omiſſis reſpondet *Valentia dict.* 3. *tr.* 1. *q.* 7. *n.* 21. *in d. l.* 11. §. 1. Unius ex extraneis cohæredibus aditionem requiri non quidem ad pupillaris ſubſtitutionis confirmationem, quæ per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmata jam erat, ſed ad hoc ut ſecundis tabulis relictum fideicommiſſum ſubſiſtat, quod cum hæredis factum expoſcat, per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmari non poteſt. Hæc tamen ſolutio vera quidem eſſet, ſi in *d. l.* 11. §. 1. de fideicomm. in primis tabulis relicti confirmatione ageretur; at cum in eo textu non in primis ſed in ſecundis tabulis relictum proponatur fideicommiſſum, ſi nuda ſui hæres exiſtentia paternas & pupillares ſimul tabul. confirmaſſet; ſufficeret ſanè extraneos hæredes ex cauſa duntaxat ſubſtitutionis adire compelli, nec patris hæreditatem adire opus eſſet, cum ex ſecundis non ex primis tabulis fideicommiſſum debeatur, ut conſiderat *Villar ubi ſup. d. q.* 3. *ſect.* 1. §. 2. *n.* 99. qui ſolutionem aliam excogitavit, & latè propugnavit, quam aptiori loco falſam eſſe demonſtrabimus. Dicendum itaque meo judicio eſt, quod & in eo textu nuda ſui hæredis exiſtentia paternas & pupillares ſimul tabul. confirmarit, & ſufficiat extraneos hæredes ex ſubſtitutionis cauſa duntaxat adire compelli, ut ſecundis tabulis relictum fideicommiſſum cum effectu ſimpliciter confirmetur, ad hoc tamen, ut eo commodo confirmetur, quo-

teſtator voluit, unum ex extraneis hæredibus patris hæreditatem adire compelli requiritur, quod ſic explico, pater, qui impubere filio ex parte hærede inſtituto, & extraneis cohæredibus ei pupillariter ſubſtitutis, ſecundis tabulis fideicommiſſum reliquit, voluit utique, ut ſubſtituti pupillatem hæreditatem, & ei junctam ſuæ hæreditatis partem, ex qua impuberem inſtituit, fidei commiſſario reſtituerent, ubi au⸱em pupillus ſe à paterna abſtinuit hæreditate, utriſque ſimul tab. per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmatis, ſi extranei hzredes ſolum ex cauſa ſubſtitutionis adire cogerentur, ſecundis tabulis relictum fideicommiſſum confirmatetur quidem quoad pupillarem hæreditatem, non tamen quoad eam paternæ hæreditatis partem, ex qua pupillus fuit inſtitutus, quæ poſt ahſteuſionem inveniri in ejus hæreditate poteſt. Ad hoc igitur ut juxta teſtatoris voluntatem fideicommiſſum confirmetur, unum ex extraneis hæredibus paternam hæreditatem adire compelli opus eſt, hoc enim facto, ei qui coactus patris hæreditatem adivit, pupilli, qui ſe abſtinuit, pars accreſcit ex regula textus in *l. Papin.* 43. *ad Trebell.* & confirmatis patris tabulis quoad eum ſcilicet, effectum, ut ſic fideicommiſſum conſiſtat, prout fuit à teſtatore relictum, poterunt ambo ex ſubſtitutione cogi adire, & reſtituere utramque hæreditatem, quia cum coacti adierunt, quidquid ad eos ex teſtatoris judicio pervenerit, debent reſtituere *l. ita tamen* 27. *§. qui ſuſpectam* 2. *d. l.* 43. *ad Trebell.*

26 Nonnumquam tamen licet extraneus in paterno teſtamento inſtitutus patris hæreditatem repudiaverit, exhæredato filio facta pupillaris ſubſtitutio vel Civili ſpeciali, vel Prætorio jure conſiſtit, Civile ſpeciali jus in teſtamento militari jure confecto locum habet, quia cum miles etſi ſibi teſtatus non fuerit, impuberi teſtamentum facere poſſit, ut dixi præced. *cap. n.* 16. etſi ex ejus teſtamento adita hæreditas non fuerit, impuberis teſtamentum ſubſiſtit *l. miles ita* 41. *§. ult. de teſtamento milit.* Prætorio jure ſi à patre inſtitutus hæres omiſſa cauſa principalis teſtamenti ab inteſtato poſſideat hæreditatem quemadmodum legata & fidei omiſſa *ex edict. ſi quis Omiſſ. Cauſ. teſtam. præſtantur l.* 1. *& per tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ſic & pupillaris ſubſtitutio conſervatur *d. l.* 2. *§.* 1. *verſ. planè hoc. tit.* Cujus textus ſententia non quidem procedit ubi pupillus hæres fuit inſtitutus, eo namque caſu, quamvis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hæreditati ſe immiſcuiſſet, per nudam ſui hæredis ex teſtamento exiſtentiam non ex Prætoris edicto, ſed Civili jure pupillaris confirmaretur ſubſtitutio ex nuper traditis; tunc ergo obtinet, cum exhæredato impuberi parens ſubſtituit, & emancipatus alter filius hæres inſtitutus omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato unde liberi poſſeſſionem bonorum agnovit, quo caſu, quamvis irrita exhæredatione facta, impubes etiam ab inteſtato patri ſuus hæres exiſtat *l. filium* 10. *in princ. de bonor. poſſ. contra tab.* quia tamen id ex eo contigit, quia emancipatus filius inſtitutus callido conſilio teſtamenti cauſam omiſit, ſicuti legata, & fideicommiſſa, ſic & pupillarem ſubſtitutionem Prætor tuetur, in quibus dumtaxat terminis, quod nullus hactenus obſervavit, accipi textus ille poteſt, quia ſi non emancipatus filius, ſed extraneus agnatus aliquis à Patre fuiſſet inſtitutus, omiſſa cauſa teſtamenti, & ſic irrita impuberis exhæredatione conſtituta poſſidere ab inteſtato hæreditatem non poſſet, Nec tunc obſtat ad rem adhuc non animadverſus textus in *l. ſi in teſtam.* 22. *in princ. & §.* 1. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ubi ſi teſtator ita ſcripſerit: *titius hæres eſto, ſi titius hæres fuerit, Mævius hæres eſto*, & titius omiſſa cauſa teſtamenti callido conſilio ab inteſtato poſſideat hæreditatem, ideo adverſus eum Mævio petitio hæreditatis non datur, quia licet legata, & fideicommiſſa Prætor tueatur, quæ non aliter, quam ab hærede poſſunt relinqui, & pupillarem etiam ſubſtitutionem conſervet, quæ non aliter ſubſiſtit, quam ſi paterno teſtamento inſtitutus hæreditatem adierit, in ſuperiori tamen ſpecie hæreditatis, quæ ita data fuit, rationem habere non debet, quia non juris cogente neceſſitate, ſed ſua culpa teſtator ſub ea conditione partis hæreditatem Mævio dedit. Pratorio etiam jure pupillaris conſervatur ſubſtitutio ex edicto de legat. præſtandis, ſi extraneus paterno teſtamento inſtitutus metu bonorum poſſeſſionis contra tabul. quam poſteà emancipatus præteritus agnovit, paternam hæreditatem repudiaverit, quia ſicuti tunc exceptis perſonis relicta non minus conſervantur, quam ſi adita hæreditas fuiſſet *l.* 4. *leg. at ubi* 11. *cum leg. ſeq. de legat. præſtand.* ſic & pupillarem ſubſtitutionem Prætor tuetur, ut adverſùs Coſtam & Petrum Barb. proſequitur. D. Retes *in adverſar. de bon. poſſ. contra tabullas d. q.* 7. *n.* 5. *& ad tit. de legat. præſt. q.* 15. *num.* 8.

27 Irrita autem facta pupillaris per paternæ hæreditatis repudiationem ſubſtitutio poteſt ex poſt facto, aut Prætoris, aut Civili jure convaleſcere, ut ecce ſi extraneus minor 25. annis hæres inſtitutus hæreditatem repudiaverit, & à Prætore poſtea in integrum reſtitutus ſec. tab. bonorum poſſeſſionem agnoverit, ſimul cum paterno teſtamento exhæredato impuberi facta pupillaris ſubſtitutio prætorio jure convaleſcit, & utiles actiones pupillari ſubſtituto decernuntur *d. l.* 2. *§. ego etiam* 3. *hoc tit.* Rurſus ſi paterno teſtamento ſcriptus hæres exhæredato impuberi pupillariter ſubſtitutus hæreditatem reſtituere rogatus patris hæreditatem repudiaverit, & eam poſtea Prætoris fideicommiſſarii officio compulſus adierit, ſicuti paternum teſtamentum convaleſcit, ſic & ſecundæ tabulæ jure Civili ſuſcitantur, ut adverſus Quintum Cervidium, ſcævolam ex Juliani & aliorum ſententia *Paul. & Hermogen. docuerunt in l. qui plures* 38. *§. ult. hoc tit. leg. nam quod* 14. *§. ſi quis compulſus* 3. *ad Trebell.* quia licet per paternæ hæreditatis repudiationem cum primis ſecundæ tabulæ ſimul irritæ factæ fuerint, quia tamen Pegaſiani S. C. auctoritate & ſic Civili jure hæres etiam poſt repudiationem poſſit à fideicommiſſario compulſus hæreditatem adire *d. l.* 14. *§.* 1. *ad Trebell. l.* 2. *§. ult. de ſuis & legitim.* Ejuſdem S. C. auctoritate cum paterno ſimul teſtamento pupillaris ſubſtitutio convaleſcit. Si dicas, coactam illam aditionem paternas, non etiam pupillares tabul. poſſe ſuſcitare, quia hæres

paternam ſolum hæreditatem coactus adivit, à qua diverſa pupilli hæreditas eſt, quia hæres, qua forſan ratione ſcævola movebatur, Reſp. quod licet diverſæ ſint hæreditates, quia tamen ſecundæ tabulæ, priorum tabularum pars ſunt, & unum idemque teſtamentum conſtituunt, debent ſimul per coactam aditionem convaleſcere. Nec id ſolum obtinet, ubi inſtiturus hæres paternam hæreditatem reſtituere rogatus eſt, ſed etſi pupilli hæreditatem rogatus ſit reſtituere, idem juris erit, & poterit pupillaris teſtamenti cauſa cogi adire patris hæreditatem quam repudiavit, ad hoc ut ex ſecundis tabul. fideicommiſſum convaleſcat, dummodo jam pupillus deceſſerit, eo enim adhùc ſuperſtite, audiendus fideicommiſſarius non eſt, ut potè improbè & contra bonos mores de viventis hæreditate ſollicitus *dict. l. 2. §. interdum 2. hoc tit. d. l. 27. §. à patre 4. ad Trebell.* pro cujus quoad rem aliam expoſitione videndus *Oſſuald. 7. comment. Don. q. 22. litt. L.* conducit & textus in *leg. 5. §. ſi ab impuberis 12. ut in poſſ. legat.* in quibus etiam terminis accipiendus eſt textus in *d. l. 27. §. quod ſi duo 5. ad Trebell.* facit etiam ab argumento textus in *l. 2. §. illud 2. in fin. de hæred. vel act. vend.* ſi rectè intelligatur cum Barb. *in dict. l. 2. hoc tit. n. 28.* qui per integrum illum commentarium, quæ de coacta aditione poſt repudiationem diximus, melius ſanè tradit, quam Coſta in *cap. ſi pater 3. parte verb. conferendum n. 1. cum 2. ſeqq.*

27 Septimus extinguendæ pupillaris ſubſtitutionis modus ille eſt, ſi pupillaris ſubſtitutus impuberis hæreditatem ſibi ex cauſa ſubſtitutionis delatam repudiaverit, quo caſu ex defectu aditionis hæreditatis ſecundis tabulis infirmatis ex vulgar. regula textus in *l. ſi nemo 9. de teſtam. tut. cum ſimil.* inteſtatus pupillus decedit expreſſus textus in *l. 2. §. impuberem 5. ad Tertyll.* ſpectat ad hanc juris partem textus in *l. ſi mater 27. in princ. & §. 2. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* initio textus proponit matrem impuberi filio pupillariter ſubſtitutam teſtamenti cauſam omiſiſſe, id eſt, hæreditatem ex pupillaris ſubſtitutionis cauſa repudiaſſe, eamque legitimæ ſucceſſionis jure ex S.C. Tertylliano ab inteſtato poſſediſſe, ſupponit per ſubſtitutæ matris repudiationem extinctam pupillarem ſubſtitutionem fuiſſe, dubitat verò an mater, quæ commiſſa cauſa teſtamenti, ideſt, pupillaris ſubſtitutionis, quæ impuberis teſtamentum eſt, legitimam filii hæreditatem poſſedit, ſecundis tabulis relicta legata, aut fideicommiſſa ex edicto Prætoris *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamenti.* præſtare teneatur? Dubitandi ratio in eo ſtabat, quod Prætoris edictum ad principale dumtaxat, non etiam ad pupillare teſtamentum pertinere videbatur. Reſpondet tamen edicto locum eſſe, & ex eo ſecundis tabulis relicta præſtari oportere, quia edictum ad eos omnes pertinet, qui per fraudem omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſident hæreditatem, & tam pupillare, quam paternum teſtamentum complectitur argumento textus in *l. 2. §. ad cauſam 2. quemadmodum teſtam. aper.* idemque ex eadem ratione dicendum eſſe ſubjungit, ſi mater filio cohæres data fuerit, & ſubſtituta, & omiſſa cauſa teſtamenti legitimam impuberis poſſideat hæreditatem. Progreditur & in §. 1. caſum ponit, quo pupillaris ſubſtitutus, qui citrà fraudis conſilium impuberis bona ab inteſtato poſſidere cæpit, in edicti ſententiam non incidit, veluti ſi frater, cujus filius teſtamento fratris impuberi ſub emancipationis conditione pupillariter fuerit ſubſtitutus, filium emancipare noluerit, & impuberis hæreditatem legitimæ ſucceſſionis jure, quia ante Juſtinianum in legitimis hæreditatibus ſucceſſioni locus non erat, ſed ex Prætoris edicto per bonorum poſſeſſionem, unde cognati: juxta regul. textus in *§. placebat 7. inſt. de legitim. agnator. ſucceſſ.* legatorum, aut fideicommiſſorum, quæ relicta in ſecundis tabulis fuerunt, præſtationi obnoxius ideo non eſt, quia per filium non emancipatum, ut potè defecta conditione acquiri impuberis hæreditas ex cauſa ſubſtitutionis non potuit. Nec obſtat regula textus *in l. 1. §. qui ſub conditione 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* quæ in poteſtativa dumtaxat; non etiam in cauſali conditione procedit, emancipationis autem conditio, ſub qua apud Papinianum fratris filius patrueli, ſeu conſobrino ſuo impuberi pupillariter fuit ſubſtitutus, caſualis eſt, non poteſtativa, nec enim filius invito parenti poteſt emancipationis beneficium extorquere *§. ult. inſt. quib. mod. jus pat. poteſt. ſolu.* docet eleganter *Cujac. 6. Reſponſ. Papin. in dict. l. 27. §. 1. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.*

Modos jam omnes, quibus Civili jure pupillaris extinguitur ſubſtitutio recenſuimus. 28 Pontificio autem jure inſpecto juxta cujus Canonicas ſanctiones impuberes, ſi quidem malitia ſuppleat ætatem, poſſunt matrimonium contrahere *cap. fin. cum aliis de Deſponſat. impuber.* pupillaris etiam evaneſcit ſubſtitutio, ſi impubes, cui factæ ſecundæ tabulæ fuerunt, matrimonium contraxerit, & ex eo filio ſuſcepto in pupillari ætate deceſſerit, quia quemadmodum cujuſlibet patris famil. teſtamentum agnatione præteriti poſthumi rumpitur *l. 3. in princ. de injuſt. nupt.*; ſic & pupillaris ſubſtitutio, quæ impuberis teſtamentum eſt, debet ſui hæredis agnatione rumpi. Conducit ab argumento textus in *l. ex facto 43. in princ. verſ. igitur hoc tit.* ubi quaſi pupillaris ſeu exemplaris ſubſtitutio puberi facta, ſui hæredis agnatione rumpitur, idem igitur de pupillari ſubſtitutione dicendum eſt, quæ tamen ſi filius antè impuberem patrem deceſſerit, prætorio jure convaleſcit argomento textus *in l. poſthumus 12. de injuſt. nupt.* docet Coſta *in cap. ſi pater 1. parte verb. impuberis n. 11. cum ſeq. & verb. ſi abſq. liberis n. 53.* qui idem juris eſſe exiſtimat, ſi pater impuberi filio filium jam ex matrimonio habenti, extraneum nepote præterito ſubſtituerit, nam etſi tunc inutilis ſit ſubſtitutio, ſi tamen filius antè impuberem patrem deceſſerit, prætorio jure ſuſcitabitur argumento textus in *l. filio præterito 17. de injuſt. nupt.* Nec tunc obſtat textus in *dict. l. 8. §. 5. de inofficio teſt.* quo nixus defendit Barb. contrarium in *d. l. 2. hoc tit. n. 157.* omiſſa etenim Coſtæ ſolutione, Reſp. matrem ſecundis tab. præteritam inofficioſi querelam exercere non poſſe, quia ſubſtitutio, quamvis impuberis teſtamentum ſit, ex parentis judicio deſcendit, quam uxori per inofficioſi querelam impugnare non licet; at in præſenti filius qui in ſecundis tabulis præteritus invenitur, abſque

ulla judicii impugnatione ſolius ſuitatis ratione pupillarem ſubſtitutionem evertit. Nec magis obſtat ratio illa, qua Paul. utitur in *d. l. 43.* quod veroſimile non ſit id patrem cogitaſſe, ut eum, qui poſtea naſcerut, exhætedaret, quæ potius probat, quod ſi furioſus filius, filium jam habuiſſet, parer vel exhæredare, vel ſubſtituete nepotem teneretur, nec præterire eum impunè poſſet.

29 Illud ſupereſt inveſtigandum, utrum ſcilicet, ſi pater impuberibus duobus liberis pupillariter aliquem ſubſtituerit, & ex eis alter prior ad pubertatem pervenerit, debeat etiam in impuberis perſona pupillaris extingui ſubſtitutio? & ſecurè dicendum eſt cum Petro Barb. in *l. Lucius 45. hoc tit. n. ult.* non ideo in perſona impuberis ſubſtitutionem extingui, ut probant à ſimili textus in *l. ſi tutor 9. §. 1. de tutel. & ratione diſtr. l. 3. C. de teſtam. tut.* ubi duobus impuberibus teſtamento turor datus, quamvis eorum alter pubes factus ſit, non idcirco impuberis tutor eſſe deſinit, & *in l. 3. §. ibidem 8. de Carb. edict.* ubi ſi duo impuberes ſtatus controverſiam patiantur, altero pubeſcente, alterius etiam pubertas expectatur. Ex quibus infertur, quod etſi parer impuberes duos filios invicem, ſeu reciprocè ſubſtituerit, & eorum unus fuerit puberem ætatem egreſſus, non ideo in perſona impuberis extinguitur ſubſtitutio, ut noviſſimè cum aliis ſentit Villar in laudata jam diſſertatione de pupillari *cap. 4. §. 3. ex n. 69.* perſonarum etenim paritas, quam reciproca deſiderat ſubſtitutio, ab initio ſolum exigitur, ſuperveniens autem ex poſtfacto diſparitas extinguere in perſona impuberis ſubſtitutionem non debet argumento textus in *l. eandem 9. §. 1. de reb. dub.* & licet pupillaris ſubſtitutiones, quæ ſub reciproca continentur, ab initio reſpectivè, & correlativè ſe habeant, ubi tamen productæ jam ſunt, earum quælibet per ſe ſola abſque ullo alterius reſpectu conſiſtit, nec unius interitus alterius extinctionem inducit. Si dicas, reciprocam ſubſtitutionem per ſupervenientem perſonarum diſparitatem irritari, ac proinde omnes, quæ in eo continebantur ſubſtitutiones extingui, neceſſum eſſe; Reſpondeo ſubſequuta perſonarum diſparitate reciprocam quidem ſubſtitutionem eſſe deſinere, non tamen ideo in perſona impuberis ſubſtitutionem extingui, quæ ſicuti in eſſe ſemel producta abſque ulla alterius dependentia ſubſtitit, ſic & poſt ejus interitum per ſe ſolam utiliter continuatur. Ex eadem ratione fluit, quod ſi pater, qui impuberes duos filios invicem ſubſtituerat, eorum alterum emancipaverit, vel in adoptionem dederit, non ideo in alterius perſona, quem in poteſtate retinuit, pupillaris extinguitur ſubſtitutio, ut contra aliquos antiquiores tenet Barb. in *l. vel ſingulis 37. hoc tit. n. 10. cum 3. ſeqq.* tum quia dici non poteſt parentem, qui per unius impuberis emancipationem irritam in ejus perſona ſubſtitutionem conſtituit, in alterius etiam perſona extinguere ſubſtitutionem voluiſſe; tum etiam etſi quia pater in utriuſque perſona irritam efficere ſubſtitutionem voluiſſet, non eo magis in perſona ejus qui fuit in poteſtate retentus, ſubſtitutio extingueretur, cum ſola teſtatoris voluntas jure factum teſtamentum infirmare non poſſit *§. ex eo autem 7. inſt. quib. mod. teſt. infirm.* nec in præſenti locum habet regula textus *in l. alteri 25. de adim. legat.* pro cujus explicatione conſulendi *Barb. ubi nuper n. 23. & Cujac. in eo textu lib. 9. reſp. Papin.* ut jam commentarium ſuſpendamus, poſt Academicas elapſas ferias, quæ ſuperſunt, Divino adſpirante numine proſequuturi.

CAPUT IV.

De pupillaris ſubſtitutionis effectibus.

QUæ utiliter ab initio conſiſtit, nec ex poſt 1
facto infirmatur, pupillaris ſubſtitutio perplures parit effectus, quos ſigillatim illuſtrare decrevi. Summus, ſivè præcipuus pupillaris ſubſtitutionis effectus, ex quo cæteri ferè omnes dimanant, ille eſt, quod pupillaris ſubſtitutus exiſtens caſu ſubſtitutionis non patri, ſed impuberi hæres ex teſtamento exiſtit *leg. unic. C. de ſecund. tab.* Hinc quia juxta vulgarem juris regulam, quandiù ex teſtamento defertur, aut deferri hæreditas ſperatur, ab inteſtato ſucceſſioni locus non eſt *l. quandiù 39. de acq. hered. l. antiquam 8. commun. de ſucceſſ.* pupillaris ſubſtitutus tanquam ex teſtamento vocatus, ſiquidem impuberis hæreditatem admiſerit, eos omnes excludit, qui non facta ſubſtitutione pupillo ab inteſtato eſſent ſucceſſuri expreſſ. textus *in l. ſi teſtamento 7. C. de impub. & aliis ſubſt.* & conſequenter impuberis etiam matri præfertur *l. 2. impuberem 5. ad Tertyll.* quæ nec inofficioſi querelam poteſt adverſus pupillares tabul. exercere *l. Papin. 8. §. ſed nec impuberis 5. de inofficio teſtamento* argumento textus *in leg. humanitatis 9. verſ. ut occaſione C. de impub. & al. ſubſt.* ut dixi *anterior. cap. n. 28.* nec querelæ remedio deſtituta legitimam poteſt conſequi, ſive patris, ſive pupilli bona inſpiciamus, ut jus noſtrum civile ſequutus ſtatuit *Bonaficius VIII. in cap. 1. de teſtamentis lib. 6.* quod & regio noſtro jure cautum eſt *in leg. 12. tit. 5. partita 6. & in leg. 6. tauri* ubi quod dicitur aſcendentes deſcendentibus ab inteſtato ſuccedere, niſi diſcendentes liberos relinquant, aut alios, qui jus ſuccedendi habeant, ad pupillares ſubſtitutos referendum rectè cenſuit. Ant. Gomez 1. *var. cap. 4. & in dict. leg. 6. tauri num. 10.* & non modo in externo, ſed & in interno, ſeu conſcientiæ foro procedere docent *Idem Go. d. cap. 4. num. 7.* & plures, quos ibi ejus additionator Aillon Laynez congeſſit, *num. 9. & aliis plurib.* noſter. D. Didacus *de Bezerra in ſuis diſput. ſalmant. lib. 1. cap. 8. num. 19* qui ferè omnes illam limitationem ſubjungunt, niſi ſcilicet impuberis mater miſera egeſtate prematur, que tunc à ſubſtituto, alimenta petere poterit argumento textus *in leg. 5. §. item reſcriptum 11. de agnoſc. liber.* ex eadem juris ratione pupillaris ſubſtitutus tametſi extraneus impuberis fratri in ſucceſſione præfertur, qui nec per inofficioſi querelam poterit ſecundas tabul. impugnare *d. l. 8. §. 5. de inofficio.* Sed dices, ideo matri ſecundis tabulis præteritæ inofficioſi querela non competit, quia pupillaris ſubſtitutio, non ex impuberis filii, ſed ex parentis judicio deſcendit, quod

Digitized by Google

uxori dicere inofficioſum non licet: ergo ex eadem in contrarium ratione verſa, frater ſecundis tabul. præteritus poterit inofficioſi querelam adverſus pupillarem ſubſtitutionem intendere, ut potè quæ ex communis parentis judicio proficiſcitur, ſeu derivatur, quod ipſi inofficioſum accuſare permittitur. Reſp. quod pupillaris ſubſtitutio, quamvis ex parentis judicio proficiſcatur, impuberis tamen, non patris teſtamentum eſt, & fratri ſecundis tabulis præterito ideo inofficioſi querela non competit, quia illud dumtaxat parentis judicium ipſi permittitur tanquam inofficioſum impugnare, quod circa ipſius parentis bona verſatur, non autem, quod in pupillari ſubſtitutione ad impuberis bona pertinet, ſubſtitutio etenim hæc tanquam tota in pupilli gratiam introducta ſic regulatur, prout impuberis utilitas ſuggerit, & ſic quatenus paternum judicium eſt, ab inofficioſi querela patrem excludit, quatenus autem impuberis teſtamentum eſt, fratrem ab eodem remedio ſubmovet, ut conſiderant *Barb. in l. 2. hoc tit n. 149. cum ſeq. & Bellon. de jur. accreſc. cap. 9. q. 37. ex n. 24. & præcipuè n. 28. cum 2. ſeqq.* Sed nec magis fratri inofficioſi competit querela, etſi turpis aliqua perſona fuerit impuberi ſubſtituta, quia tunc eo etiam prætextu frater excluditur, quod ſubſtitutio parentis judicium eſt, quod ipſi quatenus ad impuberis hæreditatem ſpectat, impugnare non licèt, ut tradit *Donell. 19. comment. q. 5.*

2 Quod diximus pupillarem ſuſtbitutum impuberis etiam matri in ejus ſucceſſione præferri abſque ulla prorſus controverſia procedit ſi parens expreſſe in ſecundum caſum impuberi ſubſtituerit, nec intereſt, an ſpecialibus an generalibus verbis expreſſis ſubſtituerit, imo generalibus expreſſis verbis, non minus, quam ſpecialibus pupillaris concepta ſubſtitutio in omnium interpretum ſententia ab impuberis ſucceſſione matrem excludit, ut ecce pupillares duæ ſubſtitutiones, quas impuberibus duobus ejuſdem conditionis liberis reciproca facta continet ſubſtitutio, quamvis non ſpecialibus, generalibus tamen verbis expreſſæ ſunt, clauſula etenim illa *eoſque invicem ſubſtituo*, communis eſt, & æque ad pupillares, quam ad vulgares ſubſtitutiones denotandas, earumque efficaciam demonſtranſtraudam idonea, earum itaque quælibet ab impuberis ſucceſſione matrem ſubmovet, ut probant textus *in leg. Lucius titius 45. hoc tit. & in leg. 2. C. de impub. & al. ſubſt.* in quibus dum dicitur, ideo reciprocam ſubſtitutionem matrem ab inteſtata impuberis ſucceſſione non excludere, quia inter inæqualis conditionis perſonas fuit facta, nec pupillarem potuit ſubſtitutionem producere ex regula textus *in leg. 4. §. 2. hoc tit. leg. in teſtamento 6. in pr. C. de teſtam. mil.* ſatis innuitur, quod ſi inter ejuſdem conditionis liberos fuiſſet concepta, pupillares duas ſubſtitutiones produceret, quarum quælibet matrem omnino ab impuberis hæreditate removeret. Similiter pupillaris ſubſtitutio, quæ in conpendioſa continetur matrem excludit, ſivè compendioſa ſubſtitutio expreſſim, & ſpecifice tempora diſtribuat, veluti ſi miles teſtator impuberi ita ſubſtituerit, *ſi intra pupillarem ætatem, vel poſtea filius meus deceſſerit titius heres eſto* ſive in ſpecialibus ſed generalibus ſolum verbis à milite teſtatore ſic fuerit concepta, *quandocumque filius meus deceſſerit titius heres eſto*, quæ non minus, quam ſi ſpecifice fuiſſet conſcripta orationis compendio plura tempora, & plures uni, eidem perſonæ factas ſubſtitutiones complectitur, quia temporale illud adverbium *quandocumque*, quod tempora nominatim ferè diſtribuit *leg. 3. in pr. quibus mod. uſufr. amit.* argumento textus *in leg. 1. & 8. de ann. légat.* tam pupillaris ſubſtitutionis intra pubertatem, quam directæ militaris poſt pubertatem tempus amplectitur, utroque itaque caſu ſiquidem filius ante puberem ætatem impletam deceſſerit, ſine dubio ſubſtitutus ratione pupillaris ſubſtitutionis generalibus verbis expreſſæ ad hæreditatem admittitur, & impuberis matri præfertur, ut expreſſè Impp. decidunt in *leg. precibus 8. verſ. ſi vero ſubſtitutio C. de imp. & aliis ſub.* ſi verò pubes jam factus diem ſuum obierit, ſubſtitutus militaris directæ ſubſtitutionis jure abſque ulla diminutione à patre milite profecta bona nanciſcitur, reliqua autem aliunde comparata, & in filii hæreditate reperta mater ab inteſtato ſuccedens ex S.C. tertulliano lucratur juxta textus *in leg centurio 45. hoc tit. leg. 5. leg. cum filiusfamil. 28. de teſtamento milit.*

Sed ſtatim objicies textum in *dict. leg. 8. verſ. ſi vero poſt pubertatem C. de imp. & aliis ſubſt.* 3
ubi in eiſdem terminis imperatores reſpondent, quod ſi filius poſt pubertatem deceſſerit, à matre inteſtatam ſuccèſſionem obtinente ſubſtitutus à patre profecta bona veluti ex cauſa fideicommiſſi petere poteſt. ergo non directo militari, ſed obliquo potius jure ſuccedit, ac proinde ex bonis à patre profectis, quæ reſtituit, trebelianicam quartâ deducere mater poterit, ut in noſtro regno conſtitutum expreſſè videtur in *dict. leg. 12. tit. 5. part. 6.* cui difficultati, ut plures alias ſolutiones omittam, quas late refert, & refellit Coſta *in cap. ſi pater 3. p. verb. interdum ex num. 44.* breviter cum antiquioribus nonnullis, quos ſequuntur *connan. 10. comment. cap. 8. num. 10. &* Donell. *in dict. leg. 8. num. 11. cum ſeq.* reſpondendum eſt Impp. in eo textu non negare, quod ſi pubes jam factus deceſſerit, ſubſtitutus jure directæ militaris ſubſtitutionis, quæ poſt bertatem in compendioſa comprehenditur, à patre milite profecta bona conſequitur, ſed potius aſſerere, quod ſi mater cum filii hæreditate, ad quam ab inteſtato admittitur, paterna ſimul bona poſſideat, ſubſtitutus non filii, ſed patris bona ab ea petere poteſt, in eamque rem civili directa petitionis hæreditatis actione adverſus ipſam experiri. Nec contrarium ſuadent illa textus verba, *veluti ex cauſa fidei commiſſi*, quæ ſolum inter militarem directam, & fideicommiſſariam ſubſtitutionem ſimilitudinem quandam ſignificant, nam in militari non minus, quam in fideicommiſſaria patris dumtaxat bona, non etiam propriæ filii facultates continentur *leg. cohæredi 11. §. quod ſi hæredem 3. verſ. nec fideicommiſſo hoc tit.* Et ſicuti ex cauſa fideicommiſſi militari teſtamento relicti bona omnia teſtatoris abſque ulla trebellianicæ quartæ diminutione ad fideicommiſſum perveniunt *leg. 1. §. demque*

18. *ad trebell. leg. in teſtamento 7. C. ad leg. fal.* ſic & directæ militaris ſubſtitutionis jure integra teſtatoris bona ad ſubſtiturum ſpectant, quamvis illud revera inter utramque ſubſtitutionem interſit, quod in fideicommiſſaria fiduciarius hæres qui directo jure à teſtatore capit, fideicommiſſario hæreditatem reſtituit, in directa autem militari ſubſtitutus non alieno miniſterio, ſed directo jure teſtatoris hæreditatem nanciſcitur. Nec hoc jus immutavit patria *lex.* 12. *tit.* 5. *part.* 6. quæ, ut ſubtiliſſimus obſervavit Coſta ubi nuper *num.* 60. loquitur de compendioſa à milite ſub forma pupillaris concepta ſubſtitutione in hunc modum, *quandoquier, que el mozo muera, ſea ſu heredero tal home.* qui latinæ huic orationi æquipollet, *quamdocumque deceſſerit, ei titius heres eſto:* ſic autem à milite compendioſa facta ſubſtitutio poſt pubertatem; nec ut pupillaris poteſt conſiſtere, cum miles poſt pubertatem non magis quàm paganus poſſit pupillariter ſubſtituere ex his quæ dixi 2. *cap. num.* 10. *cum ſeq.* nec etiam ut militaris directa, quia fuit ſub pupillaris forma concepta, militarem autem directam ſubſtitutionem à pupillari toto, ut aiunt, cœlo diſtare nullus ignorat, in fideicommiſſariam itaque hiſpano benigno jure flectitur, ut tam matris, quàm ſubſtituti utilitatibus conſulatur; compendioſa autem à milite facta ſubſtitutio in *dict. leg.* 8. *non* ſub pupillaris formula, ſed ſic ſimpliciter fuit concepta, *quamdocumque filius deceſſerit titius heres eſto*, quæ ideo poſt pubertatetem, ut directa militaris ſubſiſtit, quia oratio illa pro temporum varietate non minus directam militarem, quam pupillarem ſubſtitutionem comprehendit.

4 Utrum autem quæ de impuberis matre per pupillarem ſubſtitutionem, ſive ſpecialibus, ſive generalibus verbis expreſſam excludenda huc uſque diximus, in tacita etiam pupillari, quæ ut diximus 1. *cap. num.* 30. *cum ſeq.* in expreſſa, vulgari Divorum Marci & Severi conſtitutionis poteſtate continetur, æquè procedant, celebris inter interpretes controverſia eſt, quam ut brevi methodo comprehendam cum Donello *in d. leg.* 8. *C. de impub. num.* 5. *& 6. & lib.* 6. *coment. cap.* 26. *& ibi* Oſvaldo *litt. C. Giphanio in d. leg.* 8. *Connano dict. lib.* 10. *cap.* 8. *num.* 13. *&* Anton. Fabro 15. *dict. cap.* 9. *cum ſeq. & de érror. dec.* 35. *error.* 3. ſtatuo pupillarem tacitam ſubſtitutionem in expreſſa vulgari poteſtate conſtitutionis contentam non minus, quàm expreſſam ab impuberis ſucceſſione matrem excludere, niſi urgens aliqua contrariæ teſtatoris voluntatis extiterit conjectura, quæ quidem ſententia probatur tum *ex d. leg.* 4. *hoc tit.* ubi generaliter docemur in expreſſa vulgari pupillarem tacitam ſubſtitutionem contineri, nec curatur, an pupillus ſuperſtitem matrem reliquerit, an poſt ſui mortem deceſſerit, tum *ex leg. quamvis* 4. *C. de impub.* ubi mater in teſtamento mariti ſimul cum impuberi filio hæres inſtituta, ſiquidem filius poſt acquiſitam paternam hæreditatem impubes adhuc deceſſerit, ideò eum, qui ſibi ſimul, & filio vulgariter fuit ſubſtitutus, excludit, quia quod dicitur expreſſam vulgarem ſubſtitutionem pupillarem tacitam continere, fallit, ſi contrarium ſenſiſſe teſtatorem conſtiterit, ut vidimus 1. *cap. num.* 30. in præſenti autem id teſtatorem voluiſſe, ut expreſſè vulgaris ſubſtitutio ad pupillarem tacitam non protrahatur, ex eo dignoſcitur, quod cum uxori ſimul & filio unica oratione teſtator vulgariter ſubſtituiſſet, in eum dumtaxat caſum unicuique ſubſtituiſſe cenſetur, quo potuit utrique ſubſtituere, & cum uxori tamquam extraneæ pupillariter ſubſtituere non potuerit, nec filio etiam pupillariter ſubſtituere voluiſſe intelligitur, ut explicat Donell. in *leg.* 2. *C. eod. tit. n.* 3. *& dict. lib.* 6. *com. cap.* 26. ergo quoties ex expreſſa vulgari ſubſtitutione tacita pupillaris emergit: non minus, quam expreſſa ab impuberis ſucceſſione matrem excludit.

Hoc ipſum ut omittam textus *in d. leg.* 45. 5 *hoc tit. & in d. leg.* 2. *C. de impuber.* qui de pupillari ſubſtitutione in reciproca comprehenſa, quæ expreſſa eſt ſaltem verbis generalibus loquuntur, nec opportunè à nonnullis ad rem noſtram expenduntur, firmat textus, quo nixi plurimi, quos refert Aillon *Lainez in addit. ad Ant. Gomez d. tom.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 10. contrariam tuentur opinionem in §. *ult. de inſt. & ſubſt.* ubi cum quis uxorem & poſthumum ex æquis partibus inſtituiſſet, etſi natus poſthumus non fuiſſet ſecundum ſibi hæredem ſcripſiſſet, & natus poſthumus poſteà deceſſiſſet, quærebatur, an matri, an ſubſtituto locus fuiſſet? & refert primo Juſtinianus tam Ulpianum, quam Palpinianum voluntatis eſſe quæſtionem ſcripſiſſe, & Papinianum exiſtimaſſe propter conjecturatam teſtatoris voluntatem matrem ſubſtituto præferendam, & ex eo voluntatis conjecturam deſumi, quod cum teſtator uxori ſuæ hæreditatis partem alioquin indebitam reliquiſſet eam à luctuoſa, ſeu triſti filii hæreditate, quæ triſte lucrum, & duræ fortunæ ſolatium appellatur. *in leg.* 4. *C. ad Tertillian. & in leg. ult. C. commun. de ſucceſſ.* excludere voluiſſe cenſendus non eſt. Progreditur & Papin. dubitatione inſuper habita, matrem in ſpeciali hoc caſu ſubſtituto præferri debere decidit, & tunc ſolum ſubſtitutum admitti, ſi vel poſtumus natus non fuerit, vel in lucem editus poſt matris obitum impubes adhuc deceſſerit quod interpp. non advertunt cum Juſtinianus Papiniani ſententiam ſectetur, mirum profectò eſt, quod Papiniani dubitationem ſe reſecare ſcribat. Dici forſan poſſe Papinianum non deciſiſſe, ſed dubitanter ſuperiorem ſententiam ſcripſiſſe, & Juſtinianum dubitationem reſecantem eam ſua conſtitutione firmaſſe. Melius tamen dicendum exiſtimo Imperatorem Papiniani quidem ſententiam amplexum fuiſſe, voluntatis autem conjecturam non ex eo ſolum deſumpiſſe, quod mater ſimul cum filio ex parte fuiſſet hæres ſcripta, hæc quidem ratio, qua dumtaxat Papinianus utebatur per ſe ſola matri favere adverſus ſubſtiturum non poſſet, nam etſi mater cum filio ſimul ſit hæres ſcripta, per pupilarem tacitam ſubſtitutionem in expreſſa vulgari impuberi filio facta contentam ab impuberis excluditur ſucceſſione ut concludenter mihi probat textus *in dict. leg.* 4. *C. de impub.* Ubi ideò mater cum filio ſimul hæres ſcripta & impuberi decedenti ab inteſtato ſuccedit, quia vulgaris ſubſtitutio à teſtatore uxori & filio unica oratione facta extendi ad pupillarem non poſſit, ut

antec. num. dixi : ergo ſi vulgaris ſubſtitutio filio dumtaxat facta fuiſſet, ad pupillarem circa dubium porrigeretur, & ſubſtitutus tacitæ pupillaris ſubſtitutionis jure impuberi matri quamvis cum eo ſimul ex parte hæredi inſtitutæ in ejus ſucceſſione præferretur ; ait ergo Juſtinianus ſolam Papiniani rationem ab ſubſtitutum excludendum non ſufficere, ei tamen matrem præferri, non ſolum quia ex parte fuit hæres ſcriptus, ſed etiam, quia vulgaris ſubſtitutio non in frequentem illum caſum, *ſi poſthumus heres non erit*, ſed in ſpecialem illum *ſi poſtumus natus non erit*, concepta proponebatur ex qua duplici conjuncta ratione efficax pro matre adverſus ſubſtitutum voluntatis conjectura depromitur, veroſimile namque non eſt teſtatorem, qui uxorem ex parte hæredem inſtituit, & poſthumo in ſpecialem illum caſum, quo non naſceretur, vulgariter ſubſtituit, in contrarium omnino caſum, quo natus poſthumus matre adhuc ſuperſtite impubes poſteà deceſſerit à luctuoſa impuberis hæreditate, & amiſſi filii ſolatio excludere matrem voluiſſe, ut cum judicio ex aliorum ſententia docet *Arnold. Vinn. in pr. inſt. de pupillar. num.* 42. quæ tamen voluntatis conjectura, ſiquidem prior mater antè impuberem filium deceſſerit, cæteris pupilli agnatis, aut cognatis, quibus luctuoſa, aut triſtis ejus ſucceſſio numquam eſt favere contra ſubſtitutum non debet, Ex qua ſic explicata Juſtiniani conſtitutione evidenter infertur, quod cum in ejus textus ſerie ſolum propter conjecturatam teſtatoris voluntatem pupillaris tacita ſubſtitutio in expreſſa, vulgari contenta ab impuberis ſucceſſione matrem non ſubmoveat, ubi voluntatis conjectura defecerit, pupillaris tacita ſubſtitutio, non minus quam expreſſa ab impuberis hæreditate matrem excludit.

9 Opponunt tamen adverſarii difficillimum textum, qui præcipuum ſuæ opinionis eſt fulcrum in *d. l. §. verſ. non eſt incerti juris C. de impuber.* Ubi explorati juris eſſe Imperatores reſpondent, quod ſi pater miles impuberi filio in primū tantum caſum id eſt vulgariter ſubſtituerit, & filius, poſtquam patri hæres extiterit ; intrà pubertatem deceſſerit, ad matrem, non ad ſubſtitutum debet ejus ſucceſſio pertinere : ergo tacita pupillaris ſubſtitutio in expreſſa vulgari contenta efficax ad excludendam impuberis matrem non eſt ; cui difficultati reſpondet *Goboffr. ad noſtri tit. rubr. n.* 22. textum *in d. l. §.* intelligendum tunc eſſe, cum teſtator ſe in primum tantum caſum filio ſubſtituere nominatim expreſſit, in qua ſpecie propter expreſſam parentis voluntatem in expreſſa illa vulgari ſubſtitutione nec contra matrem, nec contra quemlibet alium impuberis agnatum, aut cognatum pupillaris tacita continetur. Quæ ſolutio litteræ textus non congruit, quod enim Impp. ſcribunt militem patrem filio in primum tantum caſum ſubſtituiſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi pater nominatim ſecundum caſum écluſſerit, ſed quaſi illum omiſerit, & vulgariter filio ſubſtituerit. Omnes ferè alii ſententiæ noſtræ aſſertores reſpondent textûs in *dict. leg.* 8. in milite teſtatore procedere, in vulgari autem à milite facta ſubſtitutione tacitam pupillarem indiſtinctè non contineri, quia militum teſtamenta propter nimiam eorum imperitiam non legibus, aut conſtitutionibus, ſed nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate reguntur ; ſed quod in expreſſa vulgari tacita pupillaris contineatur ſubſtitutio, Divorum Marci, & Severi conſtitutionis poteſtas efficit : ergo indiſtinctè in expreſſa vulgari à milite facta tacita pupillaris non continetur ; ſed nec magis hæc ſolutio diluit difficultatem, verius namque eſt expreſſam vulgarem ſubſtitutionem, quamvi à milite factam, ſi contraria ejus voluntas non ſit, pupillarem tacitam continere, quod enim dicitur milites teſtamentariis legibus, & conſtitutionibus ſolutos eſſe, tunc verum eſt, cum contra ipſas expreſſim teſtantur, at ſi ita teſtentur, ut eorum judicia poſſint jure communi paganorum ſubſiſtere, proculdubio cenſentur à jure communi non receſſiſſe, ſed ei ſe potius conformaſſe expreſſus textùs in *l. 3. C. de teſtam. milit.* ergo dum filio vulgariter miles ſubſtituit, Divorum Marci, & Severi conſtitutioni ſe conformaſſe dicendus eſt. Rurſus, quod dicitur milites teſtamentariis legibus, aut conſtitutionibus ſolutos eſſe, ad eas leges, aut conſtitutiones ſpectat, quæ eorum utilitatem infirmant, *veluti ad l. falcid.* & S. C. Pegaſianum *in dict. l. 1. §. 18. ad Trebell. dict. l. 7. C. ad l. falcid.* & ad leges caducarias ex his quæ tradit D. Ramos *ad l. Jul. & Pap. reliq. 34. per totam*, non ad ſuperiorem conſtitutionem, quæ conjecturatæ teſtatoris voluntari ſubſerviens vulgarem expreſſam ſubſtitutionem ad tacitam pupillarem extendit : ergo quod *in dict. l.* 8. impuberis mater ſubſtituto præferatur, non ex eo provenit, quod in militari teſtamento ſubſtitutio concepta proponatur, ſed ex eo potius, quod tacita pupillaris ſubſtitutio in expreſſa vulgari contenta efficax ad excludendam impuberis matrem non eſt.

Quibus ſolutionibus rejectis, ut nondum forſitan perceptam Imperatorum ſententiam in *dict. leg.* 8. novo nunc ſplendore illuſtremus, ſupponendum prius eſt, quod licet in expreſſa vulgari ſubſtitutione à milite facta, ſi contraria ejus voluntas non ſit, pupillaris tacita contineatur, militaris tamen directa non continetur, niſi aliud militem teſtatorem ſenſiſſe probetur, quia licet miles poſſit extraneo etiam, aut puberi filio in ſecundum acquiſitæ hæreditatis caſum directò ſubſtituere *d. l. 15. hoc tit. d. l. 5. de teſtam. mil.* hoc tamen jus privilegiarium & exorbitans à communibus teſtamentariis legibus eſt, & tunc ſolum ſervatur, cum miles expreſſè in ſecundum illum caſum directè ſubſtituit ; at ſi in primum caſum ſimpliciter, ſeu quod idem eſt, vulgariter ſubſtituerit, juri communi ſe conformaſſe cenſetur, nec aliter in vulgari expreſſa ſubſtitutione tacita militaris continetur ſubſtitutio, quam ſi aliundè contra jus commune teſtari, & privilegio ſuo uti militem teſtatorem voluiſſe probetur. Aſſumptum probat difficilis textus *in dict. l. 6. verſ. ſed cum ex teſtamento C. de teſtam. mil.* ubi cum miles fratrem ſuum, & impuberem filiam hæredes ex æquis partibus inſtituiſſet, eoſque invicem ſubſtituiſſet, & filia poſtquam pater hæres extiterat, impubes adhùc deceſſiſſet, inter impuberis matrem, & ſubſtitutum controverſia ſuborta, mater quidem inteſtatæ filiæ ſucceſſionem ex eo ſibi defendebat, quod reciproca, ſubſtitu- 7

caſu ſubſtitutionis non patri. ſed impuberi teſtamentarius hæres exiſtit, impuberis ſive à patre hæredis inſtituti, ſive exhæredati univerſa bona, ſive ab ipſo patre profecta, ſive aliunde comparata nanciſcitur *leg. ſed ſi plures* 10. §. ad ſubſtitutos 5. *d. l.* 15. *l. cohæredi* 41. §. *ult. hoc tit.* §. *non ſolum* 4. *inſt. de pupillar.* tum quia ad ſubſtitutum impuberis hæreditas pertinet, cujus appellatione univerſum jus, quod defunctus habuit tempore mortis, denotatur *l. nihil aliud* 24. *de V. S. cum ſimil.* tum quia cum pupillaris ſubſtitutio impuberis teſtamentum ſit, univerſa impuberis bona ex ejus cauſa ad ſubſtitutum ſpectare opus eſt, ne alioquin circa unius ejuſdemque pupilli hæreditatem detur teſtati, & inteſtati concurſus contra reg. textus *in l. jus n.* 7. *de R. J.* univerſa itaque bona, quæ mortis ſuæ tempore pupillus reliquerit, ad pupillarem pertinent ſubſtitutum, non tamen ea, quæ pupillus tutore Auctore alienaverit, quorum alienationem revocare ſubſtitutus non poterit, quamvis ab ipſo patre profecta fuerint diſſerti textus *in l.* 4. *in fin. ubi pupill. educ. deb. l.* 1. §. *ſed etſi* 2. *verſ. ſed nonnullos de tutel. & rat. dicitur l. ſi à ſubſtituto* 45. *in pr. de legat.* 1. pupillaris etenim ſubſtitutio impuberis teſtamentum eſt, & ſubſtitutus perinde habetur, ac ſi ab ipſo impubere hæres inſtitutus fuerit §. *igitur* 2. *inſt. de pupill.* expeditum verò eſt à teſtatore rectè factam alienationem revocare ejus hæredem non poſſe, ut ad rem conſiderat D. Retes 7. *opuſc. q.* 6. *n.* 18. quod & in pupillari ſubſtitutione militari teſtamento facta ſervatur, quæ etſi ex paternis ſolum bonis fuerit concepta ad univerſam pupilli hæreditatem extenditur, ut 2. *c. n.* 17. fundavi, ubi jam animadverti textum in *d. l.* 10. §. 5. *verſ. mihi hoc eit.* qui ex Interpretibus pleroſque decepit, de directa militari, non verò de pupillari ſubſtitutione exaudiri oportere.

10 Patitur tamen ſuperior doctrina illam limitationem, ſi ſcilicet adrogator pater adrogato impuberi pupillariter ſubſtituerit, quo caſu ea dumtaxat ad pupillarem ſubſtitutum ſpectant, quæ ex adrogatoris patrimonio ad adrogatum impuberem pervenerunt, quartam itaque, quæ tanquam æs alienum impuberi ex adrogatoris bonis debetur acquiret *l.* 8. §. *ſeq. impubes* 15. *de inoff. teſt. l. ult. ſi quid in fraud. pater ſubſtitutus nanciſcitur. l. ſi adrogator* 22. §. 1. *de adopt. d. l.* 10. §. *in adrogato* 6. *hoc tit.* quia licet quarta non ex adrogatoris munificentia, ſed ex providentia conſtitutionis Divi Pii ad impuberem perveniat, quia tamen ex adrogatoris bonis proficiſcitur, poteſt ex ejus judicio ad ſubſtitutum ſpectare, præcipuè cum nullum ex eo diſpendium, imò honorificam teſtamentarii hæredis utilitatem adrogatus impubes expetiatur; ſi qua etiam alia præter quartam ex adrogatoris liberalitate, & patrimonio impubes fuerit adeptus, fortiori ratione ad ſubſtitutum pertinebunt. Quinimo quidquid adrogatoris beneficio, aut contemplatione poſt ejus obitum impubes acquiſierit, veluti ſi adrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquerit, quaſi ex adrogatoris patrimonio profectum cenſetur argumento textus in *l. aditio* 45. §. *ult. de acquir. hered.* & ad pupillarem ſubſtitutum ſpectat, ut Ulpian. decidit in *d. l.* 10. §. 6. *verſ. ego etiam hoc tit.* quem textum in terminis acquiſitionis poſt adrogatoris mortem factæ cum judicio intelligit *Petr. Barb. in ejus commentario n.* 51. *&* 56. & ex ejus doctrina nonnullas illationes deducit ex *num.* 62. Nec contrarium idem Ulpian. reſpondet in *d. l.* 22. §. 1. *de adopt.* Ubi quod ſcribit ad quartam ſolam, quam ex adrogatoris patrimonio impubes adrogatus conſequitur, pupillarem ſubſtitutum admitti, intelligendum eſt tunc, ſi nec ab ipſo adrogatore, nec ab alio ejus contemplatione bona alia impubes fuerit adeptus. Nec tamen ideo impubes adrogatoris morte ſui juris effectus intrà pubertatem partim teſtatus, & partim inteſtatus decedit, imò ſubſtitutus ejus inſolidum, ſeu ex aſſe hæres efficitur, qui tamen bona, quæ impubes, etſi adrogatus non fuiſſet, habuiſſet, quæ ad eum etiam ipſo jure pertinent, priſtinis pupilli agnatis in vim cautionis ab adrogatore præſtitæ tenetur reſtituere, nec enim veteres agnati ad legitimam ſucceſſionem vocantur, ut potè cùm agnationis jus fuerit per adrogationem extinctum, non potuerit per adrogatoris obitum ſuſcitari, in cujus familia impubes adhùc permanſit *l.* 3. § *ult. ad Maced.* textus ſic intelligendus in *l.* 3. §. *ſi pater* 9. *leg. utrum* 9. *de bon. poſs. contra tab.* juncto D. Retes 1. *opuſc. q.* 22. *num.* 19. cautionis itaque dumtaxat jure poſſunt adverſùs ſubſtitutum experiri. Unde ipſo jure ab adrogatore datus ſubſtitutus univerſa impuberis bona accipit, non minùs quam ſi datus à naturali patre fuiſſet, quamvis ſi cautionis vinculum, & reſtitutionis effectum inſpicimus; ea dumtaxat capere in ſup. dictis juribus dicatur, quæ ex adrogatoris bonis proveniunt, vel provenire cenſentur, ut docent Cujac. *& Goveanus in d. l.* 10. §. 6. *Duaren. ad n. tit. q.* 15. *Coſta in cap. ſi pater* 2. *parte verb. omnia n.* 6. Ant. Fab. *in Papin. tit.* 11. *de adopt. p.* 1. *illat.* 14. *Oſsnal.* 6. *comment. Donell. c.* 25. *litt. G.*

Verum adverſus hanc doctrinam primo ſic argues: cautio præſtita ab adrogatore ipſum dumtaxat, & ejus hæredes obſtringit *d. l.* 22. *in princ. de adopt.* ſed pupillaris ſubſtitutus non adrogatori, ſed impuberi adrogato hæres exiſtit: ergo cautionis vinculo non tenetur. Secundo ſi impubes adrogatoris morte ſui juris effectus bona aliqua ſine ulla defuncti adrogatoris contemplatione acquiſierit; hæc ſanè nec pupillaris ſubſtitutus, nec magis adrogatoris hæredes cautionis vinculo reſtituere cogendi ſunt, ſolum etenim cavet adrogator de bonis reſtituendis, quæ in eum adrogatus tranſtulerit, & quorum commodum ei poſteà acquiſierit §. *cum autem* 3. *inſt. de adopt.* ergo cum adrogator de bonis poſt ejus mortem ab impubere acquiſitis teneri numquam poſſit, nec etiam ejus hæredes, aut pupillaris ſubſtitutus debent eo nomine cautionis vinculo obſtringi, ac proinde hujuſmodi bona non priſtinis pupilli agnatis reſtitui, ſed ad ſubſtitutum debent cum effectu pertinere; ſed licet laudati Interpretes duplicem hanc difficultatem non excitarint, primæ reſpondeo quod quamvis pupillaris ſubſtitutus immediatè ſoli impuberi adrogato hæres exiſtit, ſi impubes ab adrogatore hæres inſtitutus fuerit ex regula textus in *l. pater famil.* 46. *hoc tit.* junctis quæ pro ejus 11

explicatione dixi 1. *cap. n.* 13. *cum ſeq.* & cautionis vinculo tenetur, ſi verò impubes fuerit exhæredatus, quamvis ſubſtitutus nec immediatè, nec mediatè adrogatoris hæres efficiatur, cum tamen ex ejus judicio in univerſa impuberis bona ipſo jure ſuccedat, quæ reſtituere adrogator teneretur, cum ſua cauſa, & ejuſdem reſtitutionis oneri obnoxia conſequitur, quod ſufficit, ut utili ex ſtipulatu actione poſſit eo nomine conveniri argumento textus in *l. his verbis* 19. §. 1. *de adopt.* ſecundæ difficultati reſp. quod cum cautio ab adrogatore præſtita non certam aliquam quantitatem, ſed quæcumque impubes, ſi adrogatus non eſſet, habiturus fuiſſet, ſeu non facta adrogatione ad ejus agnatos pertinere debuiſſent, contineat, nihil ſanè prohibet, ut ſubſtitutus qui impuberi ex ejus judicio ſuccedit, eorum etiam, quæ poſt adrogatoris obitum pupillus acquiſivit, reſtitutioni ſit obnoxius.

12 Sed urgens adhùc occurrit difficultas ex eo quod ſi naturalis parens impuberi pupillariter ſubſtituerit, moxque adrogator ſecundas etiam tabul. fecerit, tunc ſanè à naturali patre datus ſubſtitutus cautionis non indiget beneficio, ſed prætorio jure ad impuberis ſucceſſionem admittitur, extincta etenim per adrogationem pupillaris ſubſtitutio, ſi adrogatus morte adrogatoris ſui factus juris deceſſerit jure Prætorio ſuſcitatur, ut dixi *præced. cap. n.* 12. ergo cum utraque ſubſtitutio pupilli teſtamentum ſit, cum duobus teſtamentis impubes decedit, quod notiſſimis juris regulis adverſatur *l. quærebatur* 19. *de teſtam. mil. cum ſimil.* Qua difficultate oppreſſi *Barb. in d. l.* 10. §. 6. *hoc tit. n.* 10. & *Pichar. ad Rubr. inſt. de adopt. n.* 17. *cum ſeq.* verum eſſe fatentur, quod impubes tunc cum duobus teſtamentis decedit, id tamen non repugnare ideo ſentiunt, quia cum duos diverſos parentes habuerit, duorum etiam filiorum vicem ſubſtinet, & quaſi duorum hominum diverſæ duæ hæreditates intelliguntur argumento textùs in *l. ſi certarum* 17. §. 1. *de teſt. mil.* mihi tamen rem hanc ſedulò penſanti adverſus interpretum omnium ſententiam verius viſum eſt, impuberem nunquam cum pupillaribus duabus ſubſtitutionibus, ſeu cum duobus teſtamentis poſſe decedere, nullus etenim in toto jure locus eſt, qui duplicis pupillaris ſubſtitutionis concurſum admittat, ut perſpicuè apparet ex *l. nec ei* 17. §. 1. *d. l.* 19. *in pr. d. l.* 22. §. 1. *de adopt. d. l.* 10. §. 6. *l. cauſa cognita* 40. *hoc tit. l.* 2. §. *impuberem* 5. & *pen. verſ. etſi fortè impubes ad Tertyll.* qui ſolum ad hanc Juris partem ſpectant, profectò autem abſque ullo juris teſtimonio monſtrum duplicis pupillaris ſubſtitutionis concurſus admittere abſurdum exiſtimo, præcipuè, cum nec ad rem conducat textûs in *d. l.* 17. §. 1. *de teſt. mil.* qui non in pagano, ſed in milite teſtatore procedit, quem cum duobus teſtamentis decedere poſſe notum eſt *d. l.* 19. *eod. tit.*

13 13. Dicendum itaque cenſeo, quod ſi naturalis parens impuberi pupillariter ſubſtituerit, ab adrogatore poſteà facta ſubſtitutio inutilis prorſus eſt, & tum demum adrogator poteſt impuberi ſecundas tabulas ordinare, cum naturalis pater ei pupillariter non ſubſtituit, & in his dumtaxat terminis exponendi ſunt textûs in quibus nulla à naturali parente factæ ſubſtitutionis mentio extat in *d. l.* 22. §. 1. *de adopt.* & *in dict. l.* 10. §. 6. *hoc tit.* quam novam ſententiã efficaci præterea Juris ratione ſic fulcio: pupillaris ſubſtitutionis jus contra ſtricti juris rationem propter ſolam pupillorum utilitatem receptum fuit, ut diſputavi 1. *cap. n.* 6. *cum* 4. *ſeqq.* quam ob rem ubi pupillus paterna non indiget providentia, ad hoc ut teſtamentarium hæredem relinquat, quia ceſſat ratio inductiva ſubſtitutionis, ne naturalis quidem parens poteſt ei pupillariter ſubſtituere, ut in exemplis, quæ adduxi 2. *cap. n.* 17. ſed ubi à naturali patre ſubſtitutio facta proponitur, impubes adrogatoris providentia non indiget, ut teſtamentarium hæredem relinquat, cum habeat à naturali patre datum ſubſtitutum; ergo deficiente inductiva ſubſtitutionis ratione, abrogator impuberi non poterit pupillariter ſubſtituere. Rurſus à ſimili ſic ſententia noſtra fundatur: cum puberi furioſo, vel mente capto filio quilibet parens ſine ſexus, aut gradus diſtinctione poſſit quaſi pupillariter ſubſtituere *leg. humanitatis* 9. *C. de impuber.* ſiquidem uterque parens ſubſtituerit, à patre facta ſubſtitutio ſola conſiſtit, ne alioquin cum duabus quaſi pupillaribus ſubſtitutionibus, & ſic cum duobus teſtamentis filius decedat in veriori ſententia quam cum Donello & Menchaca tuetur *Vinnius in* §. 1. *inſt. de pupillar. n.* 2. ergo pariter ubi naturalis parens pupillariter, ſubſtituit, adrogator non poterit ſecund. tabul. ordinare. Si objicias à naturali patre factam ſubſtitutionem adrogatoris morte ſequuta ex prætoria ſolum æquitate ſuſcitari, quæ impuberis utilitati conſuluit, ejus autem æquitatis rationem omninò ceſſare, ſi adrogator pater pupillariter ſubſtituerit. ex cujus providentia teſtamentarium hæredem pupillus ſortitur, ac proinde pupillarem ab adrogatore factam ſubſtitutionem ſolam conſiſtere, & ſubſtitutum bona, quæ impubes etſi adrogatus non fuiſſet, habuiſſet, ſubſtituto à naturali patre dato cautionis jure teneri reſtituere: Reſp. prætoriæ æquitatis rationem propter quam à naturali patre facta ſubſtitutio per adrogationem extincta poſt adrogatoris obitum ſuſcitatur, non ex eo ceſſare, quod adrogator pupillariter ſubſtituerit, nec enim Prætor pupilli dumtaxat commodò, ſed & à naturali patre dati ſubſtituti utilitati conſuluit adinſtar conſtitutionis Divi Pii, quæ impuberis adrogationem permiſſit, intereſt autem ſubſtituti à naturali patre factam ſubſtitutionem ſuſcitari, ut ejus jure univerſa impuberis bona, ſive à naturali ſive ab adrogatore patre profecta, ſive aliunde comparata cum effectu capiat, ne aliter poſito jure ſit in adrogatoris arbitrio à naturali patre factæ ſubſtitutionis convaleſcentiam impedire, & Prætorii juris æquitatem recludere argumento textûs in *l. nec ex Prætorio* 27. *de R. J.* & *in* §. *at hi qui* 10. *in fin. inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defer.*

14 Cum autem pupillaris ſubſtitutus univerſa impuberis bona ſive à patre profecta, ſive aliunde acquiſita nanciſcatur, quæri ſolet, an Patris & filii hæreditates poſſit ſeparare, itaut earum unam adeat, alteram verò repudiet? Quam difficillimam ſanè quæſtionem, ut perſpicuè reſolvam, ſequentes caſus ſeparatim

explicabo, aut primis tabul. hæres inſtitutus exhæredato impuberi pupillariter eſt ſubſtitutus, aut ex parte in paterno teſtamento ſcriptus hæres impuberi ex parte inſtituto ſubſtitutus datus eſt, aut denique ex aſſe hæredi inſtituto impuberi pupillariter aliquis ſubſtituitur. Primo caſu, ſiquidem extraneus à patre ex aſſe ſcriptus hæres exhæredato impuberi ſit pupillariter ſubſtitutus, ſi paternam hæreditatem repudiaverit, quia paterno teſtamento per repudiationem hæreditatis deſtituto, irritæ quoque ſecundæ tabulæ fiunt, pupillarem hæreditatem adire poſtea non poteſt, niſi vulgarem ſubſtitutum habuerit, cujus aditione fuerit paternum teſtamentum confirmatum *l.* 2. §. 1. *verſ. adeo l.* 10. §. *ſi ex aſſe* 4. *hoc tit.* ſi verò paternam adierit hæreditatem, liberum ei erit pupilli hæreditatem exiſtente caſu ſubſtitutionis adire, vel repudiare, tum quia quamvis ex eodem parentis judicio utraque ſucceſſio deferatur, pupilli tamen hæreditas diverſa omnino eſt à patris hæreditate *dict.* §. 2. *inſt. de pupillar.* nec in præſenti commixta utraque hæreditas invenitur; tum etiam quia licet pupillares tabulæ conſiſtere ſine paternis non poſſint, paternæ tamen etiam ſine pupillaribus jure conſiſtunt argumento textûs in *l.* 5. §. *qui principali* 14. *verſ. non idem de his, quæ ut indign.* Facit etiam à ſimili, quod quia plura legata uni eidemque legatario eodem teſtamento relicta diverſa ſunt, nec inter ſe cohærent; quamvis ex unico judicio proveniant, poteſt legatarius eorum uno agnito alterum repudiare *l.* 6. *in pr. de leg.* 2. *cum ſimil.* quibus fundamentis adverſus Ant. Fab. utitur *Val. in Epiſtol. exercit. ad eum d. exercit.* 1. 3. *&* 6. optimè animadvertens in textu in *d. l.* 17. §. 1. *verſ. quod ſi alterutra de teſtam. mil.* quo præcipuè Fab. movebatur, ſi miles alium ex Caſtrenſibus, alium ex paganicis bonis inſtituerit, & alterutra bonorum pars æri alieno, quod ex cauſa pendebat, non ſufficiat, & ex ea inſtitutus repudiaverit, ideo alretum, qui adiit, compelli, vel totam hæreditatem defendere, vel totam creditoribus ſolvere; quia quod Caſtrenſia bona à paganicis ſeparentur, & quaſi duorum hominum duæ hæreditates cenſeantur, non ex juris ratione profluit, ſed ex privilegio, quod creditoribus obeſſe non debet, militis itaque voluntas, ne alioquin pro bonorum parte ſine ſucceſſore decedat, & creditorum præjudicium in cauſa ſunt, ut ceſſante privilegio, duæ illæ hæreditates in unam, ſicuti revera ſunt communi jure coaleſcant. Quod quidem in præſenti dici non poteſt, patris etenim, & impuberis exhæredati hæreditates non ex privilegio, ſed communi jure omnino diverſæ ſunt, nec in unam poſſunt coaleſcere. Hoc ipſum probo ex ignoto ad rem textu in *l. ſi quis* 25. §. *ſed ſi mandavit* 42. *de acquir. hæred.* ubi docet Ulp. quod ſi filius famil. ab extraneo in primis tabulis ſit hæres ſcriptus, & impuberi, exhæredato ponamus, ſubſtitutus, ſi pater juſſerit, ut ex primis tabulis adeat, non ſufficit juſſus, quod ſic explico, ſufficit quidem juſſus ad adeundam paternam hæreditatem, non verò ad pupillaris hæreditatis aditionem, ut ex eo infero, quod in *ſeq.* §. *planè* 13. ſtatim ſubjungit conſultus, quod ſi ſic pater mandaverit, ſi quæ *in teſtam. Lucii Titii hæreditas deferatur*, ſufficit juſſus ad utriuſque ſcilicet hæreditatis aditionem; quod ergo in *anter.* §. dixerat, juſſum non ſufficere, ad pupillaris, non etiam ad paternæ hæreditatis aditionem referendum eſt, ac proinde extraneus ex aſſe ſcripnis, qui paternam adivit hæreditatem, poteſt pupillarem poſtea repudiare, alioquin ſi filius famil. juſſu patris ex primis tabulis adiiſſet, impuberi poſteà neceſſarium hæredem patrem efficeret, nec novo juſſu indigeret ex regula textûs in *l.* 6. §. *interdum* 5. *eod. tit.* Nec huic ſententiæ obſiſtit textûs in *d. l.* 5. §. 1. *de legat* 2. pro cujus explicatione & conciliatione *cum leg. ſi legatario* 22. *in princ. de fideicommiſſ. libert.* Omiſſo Cujacio *lib.* 22. *quæſt. Papin. in dict. l.* 22. Videndus *Goffred. in d. l.* 5. *n.* 4. *cum ſeqq.*

15 Si verò extraneus ex parte hæres inſtitutus exhæredato impuberi pupillariter ſit ſubſtitutus, etſi paternam hæreditatem repudiaverit, ſiquidem per cohæredis aditionem fuerit paternum teſtamentum confirmatum, poterit poſtea pupillarem hæreditatem amplecti, ut probant textus *in leg. ita tamen* 25. §. *qui ſuſpectam* 2. *leg. ſi patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *in fin ad trebel.* quos explicat Valentia 3. *illuſtr. hoc tit. cap.* 7. *num.* 6. *cum* 2. *ſeq.* ad eandem differentiam inter extraneum ex aſſe inſtitutum, & eum qui ex parte ſcriptus eſt, referendum exiſtimat textum *in leg. quæſitum* 40. *de acq. hæred.* Cujus hanc eſſe ſententiam contendit, ſi extraneus à patre ſcriptus hæres, & exhæredato impuberi ſubſtitutus, nihil quidem paternæ hæreditatis attigerit, id eſt, nec eam adierit, nec repudiaverit, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, veluti ſi impuberis adierit hæreditatem, quærebatur, an ideo paternis creditoribus reſpondere cogendus eſſet? & Julianus eum patris creditoribus reſpondere debere reſpondit, & incidere in edictum, de quo *in t. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. auth. jud. poſſ. ea ratione* nam qui parentis judicium oppugnaverit, non debet ex eadem hæreditate quidquam conſequi, quaſi apertius diceret, qui paternum teſtamentum per repudiationem deſtruxerit, nihil ex parentis judicio poteſt conſequi; ergo extraneus dum adiit impuberis hæreditatem, in paterna etiam hæteditate pro hærede geſſiſſe cenſetur. Marcellus autem non notandi, ſed explicandi, Juliani gratia, multum intereſſe ſcribit, an ex aſſe fuerit in paterno teſtamento inſtitutus, an ex parte, ita ut ſi ex aſſe per pupillaris hæreditatis aditionem paterna etiam hæreditas intelligatur, ſi verò ex parte poſſit remota patris ſucceſſione impuberis hæreditatem amplecti, quod & Julianum ſenſiſſe conſtat ex *dict. leg.* 27. §. 2. *ad trebell.* concludit itaque Valentia quod pupillaris ſubſtitutus, qui exhæredati impuberis adierit hæreditatem, ita demum hoc ipſo pro hærede geſſiſſe in paterna hæreditate cenſetur, ſi non aliter conſiſtere pupillares tabulæ poſſint, quam ſi ipſe paternam etiam hæreditatem adierit. Infert etiam *num.* 12. quod ſi non extraneus, ſed ipſius teſtatoris filiusfamilias ex aſſe hæres inſtituus fratri impuberi exhæredato pupillariter fuerit ſubſtitutus, quamvis ſe paterna hæreditate abſtinuerit, poteſt fraternæ hæreditatis ſe immiſce-

re *l.|ſi filius qui patri* 12. *hoc t.* nec ex eo quod ex cauſa ſubſtitutionis fraternæ hæreditati ſe immiscuerit, pro hærede geſſiſſe iu paterna hæreditare cenſebitur *leg. filius* 11. *de acq. hæred.* quia cum nuda ſui hæredis exiſtentiam pupillares confirmet tabulas etiam abſtenſione ſequuta, ut vidimus anterior. *leg. num.* 23. *cum ſeq.* conſiſtere quam optimè ſecundæ tabulæ poſſunt, etſi filius inſtitutus hæres ſe paterna abſtinuerit hæreditate.

16 Hæc tamen doctiſſimi anteceſſoris opinio ex ſeqqs. defendi non poteſt, nam & per nudam ſui hæredis exiſtentiam pupillares tabulæ confirmãtur, filius tamen ex aſſe inſtitutus, qui ſe paterna abſtinet hæreditate, parentis judicium impugnat, & evertit, & ſic indignus efficitur, ut quidquam ex parentis judicio conſequatur: ergo licet exhæredati fratris hæreditat ex cauſa ſubſtitutionis ſe immiſcuerit eam cum effectu retinere non poterit, imo ab eo tamquam indigno fiſcus poterit hæreditatem auferre argumento textus *in leg.* 22. *hoc tit, & in l.* 2. *in princ. de his quib. ut indign.* cum aliis juribus aductis *præced. cap. num.* 19. in quibus quamvis parentis juditio per ſecundas tabulas bonor. poſſeſſionem agnoverit, ab eo tamquam ab indigno fiſcus eripit impuberis hæreditatem. Ex quibus ſubtiliſſimus *Coſta in ca. ſi pater 2. par. verb. deferuntur ex num.* 15. acutiſſimè intelligit *text. in d. leg.* 40. *de acq. hær.* in terminis filii inſtituti, non extranei, ut ſuadent paternæ hæreditatis, patris creditorum, & paterni judicii repetita mentio, & verbum illud *immiſcuerit*, quod neceſſariis, non etiam extraneis hæredibus poteſt adaptari. Quæſtio itaque in eo erat, utrum ſcilicet, ſi inſtitutus filius exhæredato impuberi fratri ſubſtitutus nihil quidem paternæ hæreditatis attigerit, impuberis autem hæreditati ſe immiſcuerit, an hoc ipſo paternæ hæreditati ſe immiſcuiſſe cenſeatur? dubitandi ratio hæc erat, per nudam ſui hæredis exiſtentiam, etiam abſtenſione ſequuta pupillares tabulæ confirmãtur: ergo ex eo quod filius fuerit paternam hæreditatem adeptus, ſeu amplexus, non ideo paternæ hæreditati ſe immiſcuiſſe cenſetur. Decidit tamen Ulpianus ex ſententia Juliani, quod hoc ipſo, quod filius fraternæ ſe immiſcuerit hæreditati, ſe immiſcuiſſe videtur etiam paternæ, nam alioquin ſi parentis: judicium per abſtenſionem impugnaret, quamvis validæ ſecundæ tabulæ forent, ab eo tamen tanquam ab indigno auferret fiſcus fraternam hæreditatem. Quam ſententiam ita demum procedere juxta Marcelli notam ſubjungit, ſi filius à patre ex aſſe fuit inſtitutus, nam ſi ex parte, non ex eo quod impuberis hæreditati ſe immiſcuerit, paternæ quoque ſe commiſcuiſſe cenſendus eſt, potuit enim abſque ullo metu indignitatis ſcilicet, patris ſucceſſione remota impuberis hæreditatem amplecti, quæ quidem diſcriminis ratio explicanda ſic eſt, filius ex aſſe inſtitutus, ſiquidem paterna ſe abſtinuerit hæreditate, paternum judicium, quoad ea omnia, quæ præter teſtamenti confirmationem hæredis factum expoſcunt, impugnaret, & indignus efficeretur ut quidquam ex parentis judicio caperet: ergo dum impuberis ſe immiſcet hæreditati, pro hærede geſſiſſe in paterna hæreditate cenſetur, ne alioquin indignus pupillaris ſubſtitutionis emolumento reddatur; ex parte verò inſtitutus etſi paterna ſe abſtinuerit hæreditate, non ideo parentis judicium evertit, quod per cohæredis aditionem confirmatur, indignus itaque non eſt, ut ex ſubſtitutione fraternam retineat hæreditatem exemplo hæredis ex parte inſtituti, qui ſi hæreditatem repudiaverit, non ideo indignus efficitur, imo ſibi relictum legatum ſolidum capit. *leg. qui filiabus* 17. §. *ult. cum leg. ſeq. leg. filio* 87. *de leg.* 1. poteſt ergo abſque ullo indignitatis metu, omiſſa patris ſucceſſione fraternam hæreditatem amplecti, ac per conſequens non ex eo quod fratris hæreditati ſe immiſcuerit, in paterna etiam hæreditate, quatenus ex ſe eſt pro hærede cenſſendus eſt: ſed dices ex parte inſtitutus filius, qui ſe paterna abſtinuit hæreditate, quatenus ex ſe eſt paternum judicium impugnavit, quamvis fuerit per cohærdis aditionem confirmatum: ergo indignitatem contrahit, argumento textus *in leg.* 8. §. *meminiſſe* 24. *de inoff. teſt. ff.* quod filius, qui cohæredem habet, dum ſe patris abſtinet hæreditate, non id agit, ut parentis judicium impugnet, quod potius per cohæredis aditionem confirmandum ſperat, ſed ut hæreditaria onera recuſet, & ſic cohæredis aditione ſequuta indignitatem non contrahit, exemplo extranei ex patris inſtituti, & exhæredato impuberi ſubſtituti, qui etſi paternam hæreditatem repudiaverit, ſiquidem cohæres adierit indignus pupillari hæreditate non redditur, *d. leg.* 27. §. 2. *ad Treb.* aut ex aſſe inſtituti repudiantis, ſiquidem per ſubſtituti vulgaris aditionem fuerit paternum teſtamentum confirmatum *d. leg.* 10. §. 4. *hoc tit.* Nec huc trahi poteſt textus in *d. leg.* 8. §. 14. *de inoff.* qui de exhæredato filio loquitur, qui ea mente inofficioſi querelam intendit, ut omnino teſtamentum vertat, quod nulla alia ratione confirmandum ſperat, qui ideo etſi non obſtinuerit, indignus efficitur, ut quid quam ex parentis judicio nanciſcatur.

Nec tunc ſolum hæc procedunt, ubi inſti- 17
tutus filius, qui exhæredati fratris hæredati ſe immiſcuit, nihil paternæ hæreditatis attigerit, prout in *d. leg.* 40. id eſt, nec ſe immiſcuerit, nec abſtinuerit, ſed etiam ubi à paterna ſe abſtinuerit hæreditate, quod ut percipiatur, ſciendum eſt, quod ſuus hæres ad extranei diſcrimen, etſi ab hæreditare ſe abſtinuerit & poſtmodum poteſt ſe immiſcere, *leg. ſiq. ſuus* 8. *de jur. deliber. leg. ſiqu.* 91. *de acquir. hæred. leg.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate* 7. *verſ. quod ſi poſt. ſi. omqu. cauſ. teſtam. leg. ult. C. de repud. hæred.* ſi itaque filius à patre ex aſſe inſtitutus, & exhæredato impuberi ſubſtitutus, poſt quam ſe à paterna abſtinuit hæreditate fratris hæreditati ſe immiſcuerit, hoc ipſo paternæ etiam ſe immiſcuiſe cenſetur, quia alioquin ſi in eodem abſtinendi conſilio permaneret, indignus fraternæ hæreditatis commodo redderetur, ut docet ſic intelligendu Julianus ex ſententia Coſtæ *ubi ſupra in leg. filius* 41. *de acq. hæred.* ubi ſi filius ex aſſe inſtitutus, & exhæredato impuberi ſubſtitutus, poſtquam ſe à paterna abſtinuerit hæreditate, ex cauſa ſubſtitutionis exhæredatus fratris hæreditati ſe immiſcuerit, & pro hærede ſimul geſſerit, in paterna ſcilicet hæreditare, id eſt, ſi ea mente fraternæ hæredi-

tati ſe immiſcuerit, ut paternam etiam acquireret, poterit ex ſubſtitutione cum effectu hæreditatem obtinere, alioquin indignus fraterna hæreditate efficeretur, aliud verò dicendum eſt, ſi ex parte inſtitutus filius, poſtquam paterna abſtinuiſſet hæreditate, fratris hæreditati ſe immiſuerit, qui abſque ullo prorſus diſcrimine cum effectu impuberis obtinet hæreditatem, nec ex eo quod impuberis fuerit hæreditatem amplexus, paternæ ſe immiſcuiſſe cenſendus eſt, quæ differentia poteſt illuſtrari ex eleganti ad rem text. *in leg. pro hærede* 20. §. *Papin.* 4. *de aeq. hæred.* contrarium tamen ſcribere videtur Papinianis in *dict. leg.* 12. *hoc tit.* ubi ſi filius, qui patri, & poſt ea exhæredato impuberi fratri [exhæredatum in præſenti, non inſtitutum impuberem fuiſſe nunc ſupponimus, & ex inferius in commentarii noſtri diſcurſu plenius conſtabit] ex ſecundis tabulis hæres extitit, patris hæreditatem recuſet, fraternam autem retinere malit, audiendus eſt, & à Prætore bonorum ſeparationem poteſt impetrare, ergo ex aſſe inſtitutus filius, & exhæredato impuberi fratri ſubſtitutus, quamvis paterna ſe abſtinuerit hæreditate, poterit ex ſubſtitutione abſque ullo indignitatis metu impuberis fratris hæreditatem amplecti. Reſpondendum tamen eſt cum Coſta ubi ſupra *num.* 15. quod ita demum ex aſſe inſtitutus filius indignus fraternæ hæreditatis commodo redditur, ſi propria authoritate paternam ſucceſſionem omiſerit, & fraternæ dumtaxat ſe immiſcuerit hæreditati; at ſi non propriam authoritate ſed à Prætore bonorum ſeparat. impetrata fraternam ſolum fuerit hæreditatem amplexus, ejus emolumento indignus non efficitur, quæ Papiniani ſententia eſt in *dict. leg.* 12. qui juſtius Prætorem facturum exiſtimat, ſi filio indignitatis veniam, ſeu bonorum ſeparationem contulerit, quia jus dicenti propoſitum eſt liberos oneribus hæreditariis non ſpontè ſuſceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere; ali er autem poſito jure impubes forſan inteſtatus decederet, metu etenim paternæ hæreditatis onerum timidius filius fraternæ ſe immiſceret hæreditati, præcipue cum etiam remotis ſecundis tabulis legitimam haberet fratris hæreditatem, nec incideret in edictum *ſiqu. omiſſ. cauſ. teſtam.* nec enim animo circumveniendi legatarios, ſed ut paternis oneribus liberaretur, fraterna ſe abſtineret hæreditate; in quibus terminis edictum illud conquieſcit, *leg.* 6. §. *ſi patronus* 8. *ſiq. omiſſ. cauſ. teſt. leg. cum pater.* 77. §. *titio fratri* 31. *in fin. de leg.* 2. ex quibus omnibus ſatisfieri facile poterit his, quæ adverſus ſuperiorem Coſtæ ſententiam opponit. *Benedict. Pinell.* 1. *ſelect. cap.* 13. *ex num.* 13.

18 Secundo, verò caſu ex his, quos *num.* 44. exponendos promiſi, ſi ex parte inſtituto impuberi ejus cohæres ſubſtitutus datus ſit, vel utramque, vel neutram debet hæreditatem amplecti, etſi paternam repudiaverit, adire poſteà pupillarem non poteſt *d. l.* 10. §. *idemque eſt* 3. *hoc tit. l. qui patri* 59. *de acq. hæred.* quod quia inter omnes conſultos fuit receptum, nova ſua conſtitutione Juſtin. firmavit *in l. quidam* 20. *C. de jur. deliber.* ſed obſtat, quod neceſſitas, quæ cohæredi ſubſtituto imponitur, vel hoc ipſo, quod paternam adierit hæreditatem, invitus poſtea pupillarem ſuſcipiat, non ex ſubſtitutionis, ut notum eſt, ſed ex accreſcendi jure dimanaret; ſed in præſenti accreſcendi juri locus eſſe non poteſt, tum quia patris, & impuberis hæreditates diverſæ inter ſe ſunt, in diverſis autem hæreditatibus etiamſi ex unico teſtamento deferantur, jus accreſecndi locum non habet *l.* 1. *&* 2. *C. de teſtam. mil.* fundat *Bellon. de jur. accreſc. ca.* 10. *q.* 24. *ex n.* 19. tum quia jus accreſcendi ceſſat poſt acquiſitam hæreditatem *l.* 1. §. *interdum* 3. *de uſufr. accreſc.* in propoſito autem impubes poſt acquiſitam paternam hæreditatem deceſſit: nullo ergo jure cohæres ſubſtitutus ex eo quod paternam adierit hæreditatem, pupillarem poſteà ſuſcipere cogendus eſt. Huic difficultati, quæ ex conſultis nonnullos in contrariam opinionem invexit, reſpondendum eſt, quod licet revera patris & impuberis hæreditates diverſæ ſint, & paterna hæreditas à filio ſemel acquiſita non ampliùs patris hæreditas, ſed proprium filii patrimonium ſit, quia tamen ab initio antè filii immixtionem una eademque hæreditas erat propter pupilli favorem, ut teſtamentarium hæredem omnino ſortiatur etiam poſt immixtionem una eademque hæreditas eſſe fingitur, quaſi videatur filius hæres cum effectum non extitiſſe, ubi in pupillari ætate decedit, & quia cohæres ſubſtitutus juris cenſura perindè habetur, ac ſi ex parte purè, ex parte ſub conditione à patre fuiſſet inſtitutus *l. cohæredi* 41. §. *cohæres* 6. *hoc tit. cum ſimil.* quod ſuperiorem juris accreſcendi neceſſitatem inducit, ut latiùs docent *Barb. in d. l.* 10. *in princ. hoc tit. ex n.* 22. *& Bellon. ca.* 9. *q.* 37. *per tot.* & præcipuè *n.* 41. *cum ſeq.* qui cum judicio animadvertit ex *n.* 60. aliud dicendum eſſe, ſi exhæredato impuberi in primis tabul. ſcriptus hæres pupillariter ſit ſubſtitutus ex his, quæ dixi *n.* 14. quamvis immerito Valent. quam priùs adverſus Fab. *in Epiſtolic. exercitat.* tenuerat ſententiam poſtea ratractarit *d. li.* 3. *tr.* 1. *cap.* 7. *n.* 22.

Hinc etſi cohæres impuberi cohæredi pupillariter ſubſtitutus poſt aditam paternam hæreditatem ſuperſtite adhùc pupillo deceſſerit, ad hæredem pupillarem hæreditatem, quoties impubes deceſſerit, tranſmittit, nec ſubſtituti hæres poteſt pupilli hæreditatem omittere *d. l.* 59. *de acq. hæred.* quia licet pupillaris ſubſtitutionis ſpes, ſi vivo adhuc impubere ſubſtitutus moriatur, ad hæredem non transferatur, ut vidimus *anterior. ca. n.* 16. ſi tamen pupillaris ſubſtitutio ſit cum accreſcendi jure conjuncta, prout in præcedenti ejus ſpes ad hæredem tranſmittitur, quia ſubſtitutio quemadmodum neceſſitatem ſucceſſionis, ſic & quæ ab eo proficiſcitur, tranſmiſſionem ab accreſcendi jure mutuatur. Cohæredis itaque ſubſtituti hæres non ſolo accreſcendi jure, ſed potius jure ſubſtitutionis ad ſe tranſmiſſæ virtute juris accreſcendi, quod cum ea conjunctum eſt, & ſic utroque jure pupillarem hæreditatem ſuſcipere cogitur, ut ſolidè fundat *Bellon. dict. cap.* 9. *q.* 39. *ex n.* 15. Nec contrarium evincit textùs in *d. l.* 10. *in princ. hoc tit.* quia præterquam quod dici poſſet impuberem in ejus ſerie non ex parte inſtitutum, ſed ex- 19

hæredatum fuiſſe reſpondit *Bellon. dict. q. 39. n. 34. cum ſeq.* quod etſi ex parte filius proponeretur inſtitutus, ideo ibi cohæres ſubſtitutus antè pupillum decedens ad hæredem pupillarem non transfert hæreditatem, quia cum plures fuerint ſubſtituti, & per unius ex ſuperſtitibus aditionem poſſint ſecundæ tabulæ confirmari, ceſſat omninò ratio, propterquam jus accreſcendi diximus cum pupillari ſubſtitutione conjungi, quæ in eo tota vertebatur, ne pupillus inteſtatus decederet, qua ceſſante ſolius pupillaris ſubſtitutionis abſque jure accreſcendi ſpes juxta communem juris regulam ad hæredem tranſmitti non poteſt. Unde infert Bellun. quod ſi ſuperſtites ſubſtituti paternam poſtea hæreditatem repudiaſſent, cohæres ſubſtitutus, qui poſt aditam paternam hæreditatem antè pupillum deceſſit, pupillarem hæreditatem tranſmiſiſſe cenſeretur, ne alioquin inteſtatus pupillus decederet. Quæ quidem Belloni ſolutio defendi non poteſt, quia verius exiſtimo quod etſi plures cohæredes ex parte inſtituto impuberi ſint ſimpliciter ſubſtituti, & eorum aliquis poſt acquiſitam paternam hæreditatem antè pupillum deceſſerit, ejus hæres cum reliquis ſubſtitutis, qui paternam adierint hæreditatem, debet ad pupillarem hæreditatem concurrere juris accreſcendi ratione, quod ſingulorum reſpectu locum habet. Nec aliud probat textûs in *d. l. 10.* ubi quia ſubſtitutio non ſimpliciter, ſed generalibus illis verbis, *quiſquis mihi hæres erit*, facta proponitur, hæredis hæres admitti ad pupillarem hæreditatem non poteſt ex dictis *1. cap. n. 27.* Nec magis præfatæ doctrinæ refragatur textûs in *l. ſi ex pluribus 9. verſ. alia cauſa de ſuis & legit. hæred. pro cujus explicat. videndus Illuſt. Ram. lib. 4. ad l. Jul. & Pap. reliq. 37. n. 4.*

20 Tertio denique caſu, ſi ex aſſe ſcilicet, inſtituto impuberi pupillariter aliquis ſubſtituatur, ſiquidem pupillus, poſtquam paternæ ſe immiſcuerit hæreditati intrà pubertatem deceſſerit, cum paterna bona in ſimplex filii patrimonium converſa deprehendantur, ſubſtitutus hæreditates ſeparare non poteſt, cum unica dumtaxat pupillaris ſit hæreditás, quæ paterna ſimul & aliunde comparata bona complectitur; expreſſ. textûs in *d. l. 10. §. filio 2. hoc tit.* facit & textûs in *l. 7. §. ult. de acq. hæred.* ſed opponi videtur difficilis ſanè textus in *l. ſi is, qui ex bonis 6. hoc tit.* ubi ſi is qui ex bonis teſtatoris ſolidum capere non poteſt, impuberi ejus filio ſit ſubſtitutus, ſolidum ex ea cauſa capere poſſe dicitur, quaſi à pupillo capiat, quod tamen ſic Julian. interpretatur, ut ex his bonis, quæ fuerint à teſtatore profecta, ſolidum capere non poſſit, ex his verò quæ pupillus aliundè comparavit, aut ſi exheredato ſit ſubſtitutus, ſolidum capere non impediatur, quaſi à pupillo capiat. Tum ſic; en ubi ex aſſe inſtitutus impubes, paternæ ſe immiſcuit hæreditati; & tamen ſubſtitutus, quamvis ex bonis ab impubere comparatis ſolidum capiat, ex paternis tamen ſolidum capere non poteſt: ergo etſi ex aſſe inſtitutus impubes paternæ ſe immiſcuerit hæreditati, poterit ſubſtitutus hæreditates ſeparare. Priuſquam difficultati occurramus, omiſſis quæ circa hujus textûs ſpeciem variè tradiderunt *Fuſar. de ſubſt. q. 125. per tot. Caldeira lib. 4. Var. lect. cap. 3. Cujac. ad tit. C. de infirm. pen. Cælib. & ad Pand. in d. leg. 6. Govean. in eod. textu & Pinell. 2. ſel. cap. 18. ex n. 16.* ſupponendum eſt cum D. Ramos, dict. *lib. 4. ad l. Jul. & Pap. reliq. 33. n. 16. cum ſeqq.* pupillarem ſubſtitutum *in d. leg. 6.* orbum quidem eſſe & avunculum ipſius impuberis eſſe, qui tanquam orbus, & reſpectu teſtatoris extraneus ex ejus bonis ſolidum capere non poteſt, quia tamen pupilli avunculus eſt, cui lex Papia jugum ſuum imponere erubuit, ejus ex bonis ſolidum capere non impeditur. Qua ſuppoſitione facta reſpondeo, quod licet communi jure par utriuſque patrimonii ſit cauſa, poſt quam per impuberis immixtionem junctum eſſe cœpit, jure tamen legum caducariarum hæreditates dividuntur, ne alioquin fraus legibus fieret, & ſolidum ex paternis bonis per mediam impuberis perſonam caperet, qui aliter ex eis ſolidum capere non poſſet, quemadmodum licet fideicommiſſa, & mortis cauſa capiones à legatis quam plurimum diſſent, fraudis tamen evitandæ cauſa, quoties de caducariis legibus diſceptatur, legatorum nomine comprehenduntur, ut probant textus attentis inſcriptionibus ſic intelligendi in *l. & fideicommiſſum 87. de leg. 3. l. quod conditionis 36. de mort. cauſ. donat.* docent *Pinell. d. lib. 2. cap. 18. n. 12. & Barb. in d. l. 6. n. 46. qui num. 16.* advertit ſententiam textus *in d. l. 6.* ſolum prohibere, ut qui ſolidum capere ex teſtatoris bonis non poteſt, ex ejus judicio, & bonis filio ſubſtitutus ſolidum capiat, in quo nulla fraus verſatur argumento eleg. ad rem textûs *in l. qui Titii 7. de his quæ ut indign. auſer.* Ex qua ſic explicata deciſ. textûs *in dict. l. 6.* utilem & eleganter ad praxim illationem deducunt videndi omnino *Coſta in cap. ſi pater 2. part. verbo bona omnia ex num. 8.* Ant. Gom. *in l. 9. tauri ex num. 20.* Gutierrez *lib. 3. pract. quæſt. quæſt. 55. & Barb. in d. l. 6. ex n. 56.* Nec magis etiam junctas per impuberis immixtionem hæreditates ſeparare ſubſtitutum poſſe probat textus *in l. 1. §. item videam. 7. de ſeparat.* qui ad aliam longè diverſam ſeparationem ſpectat, cujus beneficium ſiquidem impuberis, qui parenti hæres extitit, ſubſtitori bona teneant, tam pupillaribus, quam paternis creditoribus adverſus pupillaris ſubſtituti creditores Prætor concedit.

Cæterum ſi à patre ex aſſe inſtitutus impu- 21
bes, poſtquam paterna ſe abſtinuerit hæreditate intrà pubertatem deceſſerit, ſecundis tabulis per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmatis, quæritur utrum ſubſtitutus poſſit omiſſa paterna pupillarem dumtaxat hæreditatem amplecti? Super qua re acriter, & ſine pace pugnare videntur textûs *in l. Julian. 42. de acq. hæred. & in l. paterfamil. 28. de reb. auth. judic. poſſ. in d. l. 42.* refert Ulpian. Julianum ſcripſiſſe ſubſtitutum ad legitimi hæredis diſcrimen hoc ipſo, quod pupillarem fuerit hæreditatem amplexos, paternis etiam creditoribus reſpondere teneri, nec poſſe paternam hæreditatem recuſare, hanc verò Juliani ſententiam ideo à Marcello recte notatam eſſe, quia pupilli utilitatem impugnat, quippe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem, timidiùs etenim ſubſtitutus impuberis hæreditatem adiret, ſi hoc ipſo paternis etiam oneribus implicaretur, & quia alio-

quin ſi teſtatoris fratei fuiſſet impuberi ſubſtitutus poſſet omiſſa cauſa ſubſtitutionis legitimam pupilli hæreditarem poſſidere, quin incideret in edictum *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* nec enim edictum fraudare voluiſſe videretur, qui ſibi proſpiceret, ne parernis oneribus pupilli hæreditas implicaretur ex dictis *num. 17. circa finem.* Quænam autem juris ratio Julianum in eam opinionem adduxerit, inveſtigare difficillimum eſt. Et quidem ſubtiliſſimus anteceſſor, & Præceptor meus DD. Joſephus Nunez de Zamora *in M.S. ad tit. de acq. hæred. cap. 4. ex num.* 21. exiſtimat, quod cum in pupillari expreſſa ſubſtitutione vulgaris tacita contineatut *d. l. 44. hoc tit.* quidquid dicat *Pichard. in lectur. ad noſtr. tit. cap. 19. per tot.* quoties pupillus poſtquam paterna ſe abſtinuerat hæreditate, iorrà pubertarem deceſſit, caſus utriuſque ſubſtitutionis exiſtit, pupillaris ſcilicet, expreſſæ, & tacitæ vulgaris, & utraque hæreditas tam paterna, quam pupillaris ex diverſis cauſis ſubſtituto defertur, qui ideo juxta Julianum hoc ipſo, quod impuberis adierit hæreditatem, pro hærede etiam in paterna hæreditate geſſiſſe ex tacitæ vulgaris ſubſtitutionis cauſa intelligitur, quia alioquin ſi omiſſa paterna, pupillarem dumtaxat hæreditatem acquirere veller, ejus commodo indignus efficeretur, ut pote quia pareutis judicium per repudiationem impugnaſſet argumento textus *in dict. l. 40. de acq. hæred.* junctis quæ pro ejus explicatione diximus *num. 16. cum ſeq.* Quam quidem Juliani ſententiam veram eſſe laudatus Præceptor contendit, ſi ſubſtirutus propria authoritare impuberis hæreditatem ſimpliciter adierit, & in his terminis intelligit textum in *d. l. 28. de bon. auth. jud. poſſ.* concluditque Marcelli notam, cui Ulpian. ſubſcribit in *d. l.* 42. non reprehenſionem, ſed expoſitionem Juliani continere. Ait ſcilicet Marcellus rigidam Juliani ſententiam cautè & judicioſè accipiendam, nec enim Julian. voluit omnem prorſus aditum pupillari ſubſtituto præcludere ad ſolius impuberis hæreditatem acquirendam; hoc enim pupilli utiliratem impugnaret, quinimo etiam in ſeutentia Juliani poreſt ſubſtitutus ſine metu æris alieni paterni, & abſque indignitatis timore, non quidem propria authoritate, ſed à Prætore ſeparatione impetrata ſolius impuberis hæreditatem cum effectu retinere juxta Papiniani conſilium in *dict. leg. 12. hoc tit.* junctis, quæ dixi *n. 15.* quod ex eo perſuadetur, quod eiſdem illis argumentis, quibus Papinianus utitur ad probandum debere Prætorem ſe facilem, proclivemque præbere ad indignitatis veniam indulgendam in *d. l. 12.* utitur etiam in ſua nota Marcellus, ut evincat ſubſtitutum poſſe abſque ullo metu ſolius impuberis hæreditarem acquirere.

22 Verum hæc ſubtiliſſimi noſtri Præceptoris opinio, quamvis veram non minus, quam ingenioſam contineat doctrinam, Javoleni tamen reſponſo in *d. l. 28. de reb. auth. jud. poſſ.* adaptari meo judicio ooo poreſt. Fateor equidem, quod ubi in pupillari expreſſa ſubſtitutione vulgaris tacita continetur, ea omnia procedunt, quæ Præceptor noſter detexit, & prævidiſſe Barb. videtur in *d. l. 12. hoc tit. n. 90.* at cum non ſemper io pupillari expreſſa ſubſtitutione vulgaris tacita continearur ex dictis 1. *cap. n. 30. in d. l. 28.* in pupillari tacitam vulgarem proprer teſtatoris voluntatem comprehenſam non fuiſſe reor ex ſeqq. ait Javolenus, quod ex quo pupillus paterna ſe abſtinuit hæreditate, parentis bona venierunt; tunc ſic; ſi in ejus ſerie pupillaris ſubſtitutio vulgarem tacitam contineret, abſtinente pupillo, tacitæ vulgaris ſubſtitutionis caſus extitiſſet; & ſiquidem ſubſtiturus paternam hæreditatem repudiaſſet, quo ſolum caſu patris bona venire potuiſſent, retinere poſtea ex ſecundis tabulis impuberis hæreditatem non poſſet ex regula textûs in *d. l. 40. de acq. hæred.* ſi verò eam antè pupilli obitum nec adiiſſet, nec repudiaſſet, ſed de ea adeunda, vel repudianda deliberaſſet, quod neceſſario ſupponere laudatus Præceptor debet, patris bona à creditoribus vendi non potuiſſent, ut probant textûs *in l. 5. §. 1. cum l. ſeq. de jur. de liber. l. idem 22. §. 1. de bon. auth. jud. poſſ.* Cum ergo ſtatim poſt impuberis abſtenſionem parentis bona diſtracta à creditoribus proponantur, dicendum eſt in pupillari tacitam vulgarem ſubſtitutionem contentam non fuiſſe. Rurſus ſi in *d. l. 28.* pupillaris ſubſtitutio vulgarem tacitam contineret, & ſubſtiturus hoc ipſo, quod impuberis adiret hæreditatem pro hærede etiam geſſiſſe in paterna hæreditate cenſeretur, quamvis paternis creditoribus, non minus, quam pupillaribus etiam ultrà vires hæreditarias reſpondere teneretur ex regula textus *in l. more 8. de acq. hæred. cum ſimil.* paternam omnia, non minus, quam pupillaria bona quamvis ex diverſis cauſis acquireret; ſed Javolen. ex paternis bonis nihil acquirere ſubſtitutum decidit: ergo in ejus textus ſerie in pupillari ſubſtitutione propter teſtatoris voluntatem vulgaris tacita comprehenſa non fuit.

Quo circa dicendum eſt cum Cujacio *lib. 3.*
44. Papin. in dict. leg. 12. hoc tit. & Valentia 23
dict. lib. 3. illuſtr. tr. 1. cap. 7. num. 17. cum 2. ſeqq. ea ratione Julianum exiſtimaſſe in *dict. leg. 42. de acq. hæred.* ſubſtitutum ad legitimi hæredis diſcrimem paternis etiam creditoribus reſpondere cogendum eſſe, quia licet poſt abſtenſionem conjunctæ hæreditates dici non poſſunt, ſubſtitutus ex parentis judicio ad impuberis hæreditatem vocatur, quod ſufficere Juliano videbarur, ad hoc ut defuncti parentis exiſtimationi conſulere, ejusque creditoribus reſpondere deberet, ut ex eo colligitur, quod Julianus qui ſuper ea re Præceptorem ſuum Javolenum conſuluit in *d. leg. 25. de bon. auth. jud. poſſ.* ſe illud maxime movere ſcribit, quod unum teſtamentum eſt, ideſt quod ex eodem parentis judicio ſubſtitutus ad impuberis hæreditatem vocatur. Quam ſententiam utpotè quæ pupilli utilitatem impugnat, Marcellus meritò reprehendit, ut vidimus *num. 12.* & ex eo præterea convincere poſſumus, quod ſi ſufficeret ſubſtitutum ex parentis judicio ad impuberis hæreditatem vocari, ad hoc ut etſi nihil ex paternis bonis adſtringeretur oneribus, utique & exhæredato filio ſubſtitutus, qui ex parentis judicio ad pupilli ſucceſſionem admittitur paternis etiam creditoribus reſpondere cogendus eſſet, quod quam abſurdum ſit, nemo oon videt. Huic tamen Macelli notæ, cui & Ulpianus ad-

hæret, quaſi data opera Javolenus opponitur ind. *leg.* 28. pro quorum jurium conciliatione reſpondet Valentia ubi ſupra *num.* 19. multum intereſſe an pupillus ante immixtioné paterna ſe abſtinuerit hæreditate, prout in *d. leg.* 42. quo caſu Marcelli & Ulpiani ſententia vera eſt, an verò poſtquam paternæ ſe immiſcuit hæreditati, ab ea mox abſtinuerit (prout ex edicto Prætoris pupillus poteſt etiam implorato in integrum reſtitutionis auxilio *leg. impuberibus* 11. *leg. neceſſariis* 57. *in pr. verſo ſed impuberibus de acq. hæred.*) ut in *d. leg.* 28. ſuadet Verſiculus ille *at cum ſubſtitutus.* tunc enim ideo ſubſtitutus hoc ipſo, quod impuberis adierit hæreditatem, paternis etiam creditoribus reſpondere compellitur, quia beneficium illud à Prætore pupillo conceſſum, ut ſi ſe poſt immixtionem abſtinuerit, paternis oneribus liberetur, ipſius perſonæ tribuitur, nec ad ſubſtitutum debet tranſire ex regula textus *in leg. in omnibus* 68. *leg. privilegia* 196. *de R. J.* Quæ conciliandi ratio præter quamquodliteræ Javoleni adverſatur, eo diſplicet, quod ſive ante ſivè poſt immixtionem pupillus abſtinuerit, omninò hæreditates ſeparantur, & beneficium illud, quod pupillo tribuitur, ut poſſit poſt immixtionem ſe abſtinere, abſtenſione ſequuta debet etiam ad ſubſtitutum tranſire, ut probant textus, ſi inter ſe conferantur *in leg.* 6. *de integr. reſtit. & in d. leg.* 57. *in pr. &* §. 1. *de acq. hæred.* quidquid dicat Fabr. *de error. dec.* 31. *err.* 9. *num.* 12. *cum ſeqq.* Quare dicendum arbitror nonniſi fruſtra horum jurium conciliationem exquiri, Julianus ènim opinionem ſuam, quam Marcellus, & Ulpinianus impugnant in *d. leg.* 42. à Javoleno Præceptore ſuo didicit, quæ ſuper ea re in *d. leg.* 28. ut vulgo agnoſcunt interpp. nec alio prætera juris loco ejus Juliani opinionis veſtigium invenitur, ut ſic concludamus Javoleni, ejuſque diſcipuli Juliani ſententiam quæ extat in *d. leg.* 28. à Marcello, & Ulpiano recte reprehenſam eſſe in *dict. leg.* 42.

24 Alius pupillaris ſubſtitutionis effectus ille eſt quod ſcilicet, quos poſſet teſtator ſibi neceſſarios hæredes facere, poteſt & impuberes filios, ſi eos pupillariter ſubſtituerit, ut ecce filius in ſacris paternis exiſtens impuberi fratri pupillariter ſubſtitutus neceſſarius impubere hæres exiſtit *leg.* 2. §. *prius* 4. *verſ uſque adeo d. leg.* 10. §. 1. *hoc tit.* quippe cùm pupillaris ſubſtitutio tota ex parentis judicio derivetur, & in ſecundis tabulis inſtitutus hæres perinde habeatur, ac ſi in primis ſub tacita impuberis mortis condite fuiſſet ſcriptus *dict. leg.* 11. §. 6. *hoc tit.* ex ſecundis non minus, quam ex primis tabulis ſub poteſtativa conditione ſit inſtitutus, & ſic voluntarius patris hæres ſit *leg. verba hac* 12. *de condit. inſt.* impuberi tamen ſimpliciter ſubſtitutus neceſſarius hæres efficitur, idemque obtinet, etſi primis tabulis ſit exhæredatus, ſufficit etiam, quod pater, ſi voluiſſet, neceſſarium ſibi hæredem efficere filium potuiſſet, ad hoc ut filius ipſe ex cauſa ſubſtitutionis neceſſarius impuberi fratri hæres exiſtat, ut colligitur ex dictis juribus, & docent *Goveanus in dict. leg.* 10. §. 1. & Coſta. *in cap. ſi pater.* 2. *part. verb ſubſequetur & filia num.* 9. *cum ſeq.* Nec rurſus intereſt, an jam natus filius, an poſthumus fratri pupillariter ſubſtituatur, imo & ſuus poſthumus de quo accipiendus eſt textùs in *dict. l.* 2. §. 4. *in fin. d. l.* 10. *hoc tit.* Nec tamen ideo frater fratri pupillariter ſubſtitutus ſuus hæres exiſtit, prout falsò opinabatur *Coſta ubi nuper num.* 11. *cum ſeq.* ſuitas etenim qualitas circa paternam dumtaxat hæreditatem verſatur, frater autem ſubſtitutus, quamvis ex parentis judicio non tamen ipſi parenti, ſed impuberi fratri hæres exiſtit. Sed dices: abſtenſionis beneficium ſuis & neceſſariis ſimul, non etiam neceſſariis ſolum hæredibus à Prætore conceditur *d. l.* 57. §. *ult. de acq. hæred.* ſed frater fratri pupillariter ſubſtitutus poteſt ex Prætorio edicto fraterna ſe hæreditate abſtinere *d. l.* 12. *hoc tit.* ergo non modo neceſſarius, ſed & ſuus hæres efficitur. R. 1. novum in jure non eſſe, ut neceſſarius dumtaxat hæres, qualis eſt ſervus à domino cum libertate inſtitutus poſſit aliquando ſe abſtinere, cujus rei extant exempla in *l.* 3. §. *qui fideicommiſſum* 2. *de hæred. inſt. l. ſi ſervum* 71. §. 1. *de acq. hæred.* in quibus terminis accipiendi ſunt textùs in *leg. ſciendum* 32. *de manum. teſt. leg. an Prætor* 10. §. *ſi quis* 10. *verſ. idem & in ſervo quæ in fraud. cred.* Secundo reſpondeo quod etſi regulariter ſervus, qui neceſſarius hæres exiſtit, abſtenſionis non gaudeat beneficio, frater tamen fratri ſubſtitutus, qui neceſſarius, non etiam ſuus efficitur, ideo abſtinere ſe poteſt, quia cum ex ſola ratione neceſſarius ex ſecundis tabulis fiat, quod & neceſſarium eum hæredem ſibi efficere pater potuiſſet, implicaret omnino, quod paternam hæreditatem poſſet per abſtenſionis beneficium omittere, à fraterna verò hæreditate ſe abſtinere impediretur. Nec contrarium probat textùs in *d. l.* 42. *in princ. verſ. ſed quod in fratre de acq. hæred.* cujus ſenſus hic eſt, frater impuberi fratri ſubſtitutus, quia neceſſarius hæres exiſtit, repudiare quidem ex cauſa ſubſtitutionis fraternam hæreditatem non poteſt, abſtinere tamen, & ſe poſteà ab inteſtato immiſcere non prohibetur, quidquid cum aliis dicat *Valentia d. lib.* 3. *tr.* 1. *cap.* 7. *n.* 18.

Spectant ad hanc Juris partem breviter nunc exponendæ conſultorum deciſiones. Et primo hinc intelligendus eſt textùs *in l. ſed & in illo* 18. *de reb. dub.* pro cujus explicatione videnda quæ dixi præced. *cap. n.* 16. quibus addendus Villar de pupillar. ſubſtitut. *cap.* 3. §. 3. *ſect.* 2. *ex num.* 28. Secundo huc pertinet difficilis & ſingularis textùs in *l.* 1. §. *ſi quis autem* 13. *de ſucceſſ. edicto.* Ubi quærit Ulpian. an frater fratri pupillariter ſubſtitutus intra annum, an verò intrà centeſimum diem petere bonorum poſſeſſionem debeat? Dubitandi ratio in eo erat, quod liberis & parentibus anni ſpatium ad petendam bonorum poſſeſſionem à Prætore conceditur *dict. l.* 1. §. *largius* 12. ſed frater fratri ſubſtitutus perinde neceſſarius hæres exiſtit, ac ſi parenti ſuccederet: ergo intrà centeſimum diem non, ſed intrà anni ſpatium debet bonorum poſſeſſionem agnoſcere. Reſpondet tamen Ulpian. & meritò fratrem intrà centeſimum diem petere bonorum poſſeſſionem debere, nam Prætor in elargiendis bonorum poſſeſſionis temporibus perſonam magis petentis intuebatur, quam caput ipſum, unde 25

bonorum

bonorum poſſeſſio peteretur, ut ex eo dignoſcitur, quod filius etſi tanquam cognatus bonorum poſſeſſionem petat, non centum dumtaxat dies, ſed annuum ſpatium habet *l. 4. §. 1. quis ordo in bonor. poſſ. ſerv. argumento textus in l. bonis 6. §. huic autem 2. de carb. edict.* & patri qui filium emancipavit, quamvis non ut pater, ſed ut patronus ad filii ſucceſſionem admittatur, annuum ſimiliter ſpatium conceditur in *d. l. 1. §. pen. & ult. de ſucceſſ. edict. d. l. 4. §. 1. quis ordo in bon. poſſ. ſerv.* ex eadem itaque ratione, quia frater fratri ſubſtitutus, quamvis neceſſarius hæres exiſtat, frater revera eſt, & ad fraternam, non verò ad paternam ſucceſſionem vocatur, centeſimum dumtaxat diem, non annuum ſpatium habet, docet *Coſta in cap. ſi pater verbo ſubſequenter & filiam n. 25. cum 5. ſeqq.* ex eiſdem principiis tertio explicandus eſt textus *in l. 3. §. ult. de hæred. inſt.* ubi docet Ulpian. quod aperturæ tabularum dilatio jus neceſſarii hæredis non mutat, ideſt, quod licet extraneus ex parte inſtitutus hæres ante apertas tab. adire hæreditatem non poſſit, ut dixi *in Acad. ad tit. quando dies leg. Ced. cap. 1. ex n. 8.* ſuus tamen aut neceſſarius quamvis ex parte ſcriptus hæres etiam clauſis tabulis hæres exiſtit *l. 3. C. de jur. deliber.* prout explicat D. Ramos *d. l. 4. ad l. Jul. & Pap. reliqn. 35. n. 11.* exemplum in pupillari ſubſtituto conſultus ſubjicit, nam ſi frater impuberi fratri ſubſtitutus per pupilli mortem, ut rectè ibi Accurſius & Paul. Caſtrenſis explicant, quamvis antè apertas ſecundas tabulas ſe in adrogationem dederit neceſſarius adhuc hæres exiſtit. Nec adverſatur *Modeſtin. in l. ſub conditione 2. de liber. & poſth.* qui ideo reſpondet, quod ſi ſub conditione inſtitutus filius ea pendente ſe in adrogationem dederit, neceſſarius hæres non eſt, imò poſt conditionis implementum abſque adrogatoris juſſu adire naturalis patris hæreditatem non poteſt, quia eo tempore in adrogatoris poteſtatem pervenit, quo nondum impleta conditione neceſſarius hæres naturali parenti non extiterat, at in *d. l. 3. §. ult.* frater qui defuncto jam impuberi fratri ex ſubſtitutione neceſſarius hæres extiterat, non ex eo quod antè apertas tabul. ſecundas ſe in adrogationem dediſſet, potuit neceſſarius eſſe deſinere, nec enim aperturæ dilatio potuit jus neceſſarii hæredis immutare.

26 Ex eadem ratione ſervus proprius teſtatoris cum libertate impuberi pupillariter ſubſtitutus ex ſecundis tabulis abſque abſtenſionis beneficio neceſſarius hæres exiſtit *d. l. 2. §. 4. in fin. d. l. 10. §. 1. hoc tit.* qui licet ſtricto jure vivente adhuc pupillo etiam poſt aditam paternam hæreditatem ſtatu liber non ſit, ſivè quia exiſtente caſu ſubſtitutionis à ſemetipſo libertatem, & impuberis hæreditatem conſequitur argumento textûs *in l. 2. §. ſi primis 3. de ſtat. liber.* ut tradit D. Retes *ſub lib. 3. opuſc. in l. ult. §. ult. hoc tit. n. 2.* ſive quia confirmatæ nondum ſecundæ tabulæ ſunt, ex quibus libertas competit ex regula textûs in *d. l. 2. in princ. l. 9. §. ult. de ſtat. liber.* ut vulgò dici ſolet, utilitatis tamen cauſa quocumque gradu ſit ſubſtitutus per paternum teſtamentum per extranei aditionem, vel per ſui exiſtentiam confirmatum, ſuperſtite adhuc pupillo ſtatu liberi cauſam comprehendit *d. l. 2. §. ult. l. in tabulis 36. eod. tit.* Ut ſic ſive à pupillo alienetur, ſive manumittatur, nec ſpem orcini liberti amittat, nec ſucceſſionis neceſſitatem exuat, alioquin etenim ab impubere alienatus, vel manumiſſus, exiſtente caſu ſubſtitutionis non neceſſarius hæres exiſteret, ſed vel juſſu novi Domini, vel ſuo arbitrio adire, aut repudiare poſſet impuberis hæreditatem, & ſic parentis judicium puer filius reſcinderet, quod incivile Papin. viſum eſt *d. l. 36.* Accedit & libertatis favor, qui ſolus ſufficit, ut ſervus in ſecundis tabulis liber eſſe juſſus, etſi ſubſtitutus non ſit, ſtatim poſt paternæ hæreditatis aditionem in ſtatu liberi cauſa conſtituatur *d. leg. 2. §. 1. de ſtat. liber.* Hinc ſi primis tabulis legatus ſervus in ſecundis cum libertate impuberi ſubſtituatur, ſub contraria quidem conditione legatum datum intelligitur diſerti textûs in *leg. ſi ſervus 18. §. 1. hoc tit. leg. ſi fundum 81. §. ult. de legat. 1.* juncta regula textûs *in l. ſi poſt mortem 68. §. ſi purè 2. eod. tit. textus ſic intelligendus in leg. ſi quis cum 16. in princ. hoc tit. d. leg. 2. §. plus de ſtat. liber.* juncto Villar *d. cap. 3. §. 3. ſect. 1. ex num. 26.* quo etiam pertinet, quæ ex his facilè percipitur nova Juſtiniani deciſio in *leg. quidam 5. §. ult. C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſt.* exiſtente itaque caſu ſubſtitutionis legatum evaneſcit, & ſervus liber, & neceſſarius impubes hæres exiſtit, ut Ulpian. docet in *d. leg. 18. §. 1. h. tit. qui in leg. idem eſt 19. cum ſeq.* idem eſſe ſubjungit, ſi ſervus in primis tabul. legatus, in ſecundis poſt legatarii mortem impuberi ſubſtituatur, quo etiam caſu impubere intrà pubertatem mortuo ſtatim legatum evaneſcit, & ſervus liber & neceſſarius hæres exiſtit, ut docet Govean. in eo textu, cujus doctrina poteſt illuſtrari ex *d. leg. 68. §. ult. de legat. 1.* pro cujus explicatione & cum *leg. peculium 65. §. titio 2. de leg. 2.* conciliatione conſulenda, quæ dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 5. num. 20.* Quinimò etſi ſervus in primis tabulis liber eſſe juſſus, in ſecundis impuberi ſimpliciter ſubſtituatur, quia licet ex diverſis gradibus ex ejuſdem tamen teſtatoris judicio libertatem, & impuberis hæreditatem conſequitur, & quia unum teſtamentum eſt, ab adita paterna hæreditate liber efficitur, & impuberi mortuo neceſſarius hæres exiſtit, ut poſt magnam veterum altercationem Juſtin. decidit *in leg. cum quidam 4. C. de neceſſ. ſerv. hæred.* inſt. quem ſic explicant *Reguellus, & Merill.*

Hinc etſi pupillus ſubſtitutum ſibi ſervum 27
alienaverit, quia tamen alienatio fit cum ſua cauſa *d. leg. 2. in princ. de ſtat. liber.* exiſtente caſu ſubſtitutionis ſervus liber, & neceſſarius hæres exiſtit, & neceſſarius hæres exiſtit, adverſus quem eo nomine, ſi ex oneroſa venditionis cauſa alienatio præceſſerit, de evictione competit actio, elegans textus *in leg. qui à pupillo 7. de evict.* juncto ibi Cujac. *lib. 13. ff. Juliani:* conducit ab argumento textûs *in leg. ſed etſi 19. §. 1. eod. tit.* Inde etiam, quamvis is qui ſervum à pupillo tutore ſcilicet, auctore, ex venditionis, vel alia juſta cauſa acceperit, eum ſibi cum libertate hæredem ſcripſerit, in erim quamdiù ſervus pupillo poteſt hæres exiſtere ex teſtamento emptoris nec libertatem, nec hæreditatem conſequitur, & ſiqoidem pupillus pubertatem exceſſerit, extincta jam ſubſtitutionis ſpe perinde ex emptoris teſtamento liber, & neceſſarius hæres efficitur; ac ſi pupillo ſubſtitutus non fuiſſet, at ſi impuberi ne-

ceſſarius hæres extiterit, poterit utique & emptori neceſſarius hæres exiſtere *leg. pater 54. de hæred. inſtitut. leg. ult. §. ult. hoc tit.* ratio in eo eſt, quod ſi ſervus impubere adhuc intrà pubertatem degente liber, & neceſſarius emptori hæres exiſteret, exiſtente poſteà caſu ſubſtitutionis, nec ampliùs liber, nec magis neceſſarius ex ſecundis tabulis, ex quibus libertatem non accepiſſet, impuberi hæres exiſteret; ex regula textûs in *l. teſtamento 90. de hæred. inſt.* ut explicant Retes *ſub d. lib. 3. in d. l. ult. §. ult. num. 4.* & Villar *d. cap. 3. §. 3. ſect. 1. ex num. 9.* exiſtimo tamen non ſolam pupilli utilitatem, ſed & ſtricti juris rationem jus illud inducere; ſtatu liber namque pendente conditione manumiſſus ante novam Juſtiniani ſanctionem *in l. unic. §. ſed & ei ſub. 7. C. de lat. libert. toll.* non Quiritiam, ſed Latinam ſolùm libertatem conſequebatur; quam rem elegantiſſimè illuſtrat D. Petrus de Chavarri *in primâ ſuæ didaſcalia parte cap. 13. per totum.* Unde cum ſervus impuberi ſubſtitutus quamdiù poteſt ex ſubſtitutione hæres exiſtere, etiam vivente pupillo ſtatu liberi cauſam obtineat, ab emptore interim liber, & hæres eſſe juſſus Quiritiam non nanciſcitur libertatem, ſine qua exiſtere non poteſt, imò nec latinam adipiſcitur; quia cùm liber ſimul, & hæres fuerit ſcriptus, tum demùm liber efficitur, cùm poteſt hæres exiſtere.

28 Infertur etiam inde, quod ſi parens ſervum, quem cum alio communem habebat, cum libertate impuberi ſubſtituerit, pandectarum jure ſiquidem condomini partem redemerit, ſervus quemadmodum ſi in primis tabulis liber, & hæres fuiſſet ſcriptus, neceſſarius ipſi domino hæres exiſteret; ſic & exiſtente caſu ſubſtitutionis liber, & neceſſarius impuberi hæres efficitur: atſi parens parte nondùm redemptâ deceſſerit, quamvis eam impubes poſteà redemerit, ſervus adveniente caſu ſubſtitutionis liber quidem, non tamen neceſſarius, ſed voluntarius hæres efficitur *l. 6. §. ſi ſervum 3. de hæred. inſt. d. l. ſi ſervus 18. in princ. hoc tit.* quia nec tunc ipſi Domino teſtatori potuiſſet neceſſarius hæres exiſtere. Quod ſi nec à Domino, nec ab impubere fuerit condomini pars redempta, æquitatis rationem ſuggerere Ulpianus ſcribit in *d. l. 18.* ut ſervus ipſe pretium ſuæ partis domino offerens poſſit & libertatem, & hæreditatem nanciſci, quod tamen ex condomini voluntate pendebat; & ità demùm procedit, ſi vivo adhùc impubere pretium à ſervo ſublatum ſit, poſt cujus obitum ſera jam eſſet oblatio; cùm veluti quodam accreſcendi jure integrum ſervi dominium ad ſocium pertineret, cujus juſſu adiri, vel repudiari impuberis hæreditas deberet. Hodie verò poſt Juſtiniani conſtitutionem in *l. 1. C. de commun. ſervor. manum. & in §. ult. inſt. de donat.* ſervus communis impuberi ſubſtitutus omnimodo exiſtente caſu ſubſtitutionis neceſſarius hæres efficitur, cùm ſocius partis ſuæ pretium accipere cogi poſſit, ſic ferè docent Retes *ſub lib. 3. in d. l. ult. hoc tit. num. 6. cum ſeq.* & Villar *d. cap. 3. §. 3. ſect. 1. ex num. 64.* quidquid dicat Oroz *lib. 2. de apicib. cap. 14. per tot.* & præcipuè *num. 15.*

29 Ultimus pupillaris ſubſtitutionis effectus circa legatorum, & fideicommiſſorum præſtationem verſatur. Pro cujus rei intelligentiâ ſupponendum neceſſariò eſt, quid ſi parens impuberem filium hæredem ſcripſerit, in ſecundis non minùs, quàm in primis tabulis poteſt ſine dubio legata relinquere, quemadmodum etſi filio hærede inſtituto ſecundas tabulas non fecerit, à legitimo ejus hærede fideicommiſſum jure relinquit. *l. ſi fundum gr. §. ult. de legat. 1.* ex regulâ textûs in *l. 8. §. 1. de jur. Codicill.* quod quidem fideicommiſſum ſimile omninò eſt pupillari ſubſtitutioni, & ad ejus inſtar per filii pubertatem extinguitur *l. quod fideicommiſſum 93. de legat. 2.* in quo ingenuè lapſum me fuiſſe agnoſco in *1. hujus comment. cap. num. 33.* ubi contrarium cum Ramos aſſerui. Verùm quia me nec pudet, nec pudebit unquam Papiniani exemplo in *l. 6. §. 1. cum l. ſeq. de ſerv. export.* ſi qui forſan errores exciderint, veritate compertâ retractare, nunc Coſtæ in *cap. ſi pater 3. part. verb. interdum num. 2. & verb. cenſendum num. 20.* & Petri Barboſæ in *d. l. 41. §. quod ſi hæredem 3. hoc tit. num. 3. & 13. cum ſeqq.* contrariam ſententiam præfero; cui non obſtat textus in *d. l. 41. §. 3. verſ. nec aliud hoc tit.* Sciendum namque eſt duplex eſſe fideicommiſſum, vulgare ſcilicet, & pupillare. Vulgare, de quo loquitur Barboſa in *d. l. 41. §. 3.* illud eſt, quo pater impuberem filium nominatim gravat, ut ſuam hæreditatem cum morietur, ponamus, reſtituat; quod paternam dumtaxat hæreditatem, non etiam proprias filii facultates comprehendit, & poſteà etiam ultra pubertatis annos relinquit: pupillare illud eſt, quo pater non impuberem filium, ſed potiùs legitimum ejus hæredem gravat, ut pupillarem hæreditatem reſtituat, quod ad vulgaris differentiam omnia impuberis bona complectitur, & ideò per pubertatem extinguitur *d. l. 93. de legat. 1.* quia filio poſt pubertatem decedente, legitimus ejus hæres ex tacito non quidem parentis, ſed ipſius filii judicio ad ejuſdem ceſſionem admittitur. Ex quibus ſubtiliter conjectatur D. Joſeph de Zamora in *Academ. ad noſt. tit. cap. 2. num. 53. cum 2. ſeqq.* benignam illam interpretationem, quâ utitur Scævola in textu in *l. 76. ad trebell.* quem ad rem aliam expoſuimus *cap. 2. num. 25.* in eo conſiſtere, ut fideicommiſſum illud, in quod inutilis pupillariter flectitur ſubſtitutio, & quod revera juxta parentis voluntatem pupillare eſſe deberet, propter intermediæ matris favorem vulgare ſolùm cenſeatur, ut ſic mater proprias filii facultates præcipuas retineat, & paternas ſolùm Pegaſianicâ deductâ reſtituat. Quâ interpretatione admiſſâ dici poſſet ideò fideicommiſſum illud ſuperſtite adhùc pupillo ad hæredem tranſmitti non poſſe, quia cum pupillare non quidem, ſed ut vulgare conſiſtat per conditionem illam, *ſi pupillus intra pubertatem deceſſerit*, quæ ejus naturæ non ineſt *d. l. 41. §. 3. hoc tit.* redditur omninò conditionale; quamvis ſi alicui noſtri Præceptoris interpretatio diſplicuerit, aliter textus in *d. l. 76.* concipi cum Coſta poſſit *in cap. ſi pater 3. par. verb. interdum num. 37. cum plurib. ſeqq.*

Secundò ſupponendum eſt, quod ſi parens 30
impuberem filium exhæredaverit, ſiquidem nihil ei in teſtamento reliquerit, quemadmodum ab eo nec legata, nec fideicommiſſa jure relinquit, ex regulâ textûs in *l. ab eog. C. de fideicom.* ſic nec ab ejus ſubſtituto *d. l. 41. §. 3. verſ. & ideò ſi pater hoc tit l. ab exhæred. 126. in princ. de legat. 1.* argumento textûs in *l. planè*

94. *in princ. eod. tit.* ſed obſtat, quod hi poſſunt gravari fideicommiſſo, quibus aliquid datur, vel quibus non adimitur *l. 1. §. ſciendum 6. de legat. 3.* ſed parens exhæredati ſubſtituto expreſſo judicio impuberis hæreditatem relinquere creditur, ut potè quam potuit ſecundis tabulis factis adimere, argumento textûs in *d. l. 8. §. 1. de jur. Codicill.* ergo tam ab exhæredati ſubſtituto, quàm à legitimo ejus hærede poterit fideicommiſſum relinquere. Reſpondeo regulam *textûs* in *d. l. 1. §. de legat. 3.* ità procedere, ſi paterfamilias ex ſuo patrimonio, vel ejus occaſione aliquid dederit, vel non ademerit, ut potè qui conditionis implendæ causâ capit, remoto ſaltem teſtatoris judicio, quamvis non ex ejus patrimonio, ſed dantis, quia tamen occaſione patrimonii teſtatoris capit, poteſt fideicommiſſo onerari *l. quidam 96. §. ult. de legat. 1.* At ſubſtitutus exhæredati, ejuſque legitimus hæres quamvis non expreſſo, vel tacito parentis judicio impuberis hæreditatem acquirant; nihil tamen ex parentis bonis, aut eorum occaſione capiunt, qui ideò fideicommiſſo gravari non poſſunt. Quòd ſi exhæredato impuberi aliquid parens reliquerit, antiquo quidem jure relicti modum ſivè ab impubere, ſive ab ejus ſubſtituto, aut legitimo hærede poterat fideicommiſſum relinquere, quod debuit citra falcidiæ rationem reſtitui *d. l. 41. §. 3. verſ. alioquin hoc tit.* Ut potè quam ſolus hæres, non etiam legatarii, aut fideicommiſſarii particulares poſſunt deducere *l. pœnales 32. §. ſi titio 4. l. lex falcidia 47. §. 1. ad l. falcid.* ut docuit Cujacius *lib. 6. reſponſor. Papin. in d. l. 41. §. 3.* legatum verò nec ab impubere, nec ab ejus ſubſtituto relinquere poterat *l. miles ità 41. §. ſi miles 3. de teſtam. mil. l. qui fundum 87. §. qui filios 7. verſ. nec huic contrarium ad leg. falcid.* Nam legatum eo jure ad fideicommiſſi diſcrimen ſicuti ab exhæredato legatario relinqui non poterat *§. 1. inſt. de ſing. reb. per fideicom. relict.* ſic nec ab ejus ſubſtituto, nec plus juris circa ſubſtitutum, quàm circa pupillum teſtator haberet; ut arguit Julian. in *d. l. 87. §. in fin.* quem ſic accipiunt Cujacius *ibi lib. 61. ff. ejuſdem.* Goveanus in *d. l. 41. §. 3. hoc tit.* Oſſuald. 8. *comment. Donelli, cap. 7. lit. E.* Pichardus in *lectur. ad tit. de legat. 1. cap. 7. ex num. 57.* Retes ſub *d. lib. 3. in l. ult. in princ. de legat. 3. num. 4.* Hodie autem ex nova Juſtiniani ſanctione *in l. cum quidam 24. de legat.* quamvis exhæredato legatum relictum ſit, nec ab ipſo, nec magis ab ejus ſubſtituto legatum, aut fideicommiſſum relinquit, quòd contra ſuperiorem juris rationem propter odium exhæredationis noviter Juſtinianus conſtituit.

31 Tertio ſupponendum eſt aliquando ſive novum, ſive antiquum jus inſpiciamus ab hæredati ſubſtituto legata non minus, quam fideicommiſſa jure relinqui, ut ecce, ſi paterna hæreditas directò & principaliter ex ipſius parentis judicio ad impuberem exhæredatum pervenerit, veluti ſi impubes in primo gradu à patre exhæredatus in ſecundo ſit inſtitutus, vel ſi exhæredatus fratri ſuo impuberi hæredi inſtituto pupillariter ſit ſubſtitutus, & exiſtente caſu ſubſtitutionis paternam acquirat hæredatem, tunc ſanè perindè ac ſi in primis tabulis inſtitutus impubes fuiſſet, ſecundis tabulis legata, aut fideicommiſſa relicta conſiſtunt *d. leg. 87. §. 7. in princ. ad leg. falc.* aliud ſanè procedit. ſi exheredatus impubes non ex parentis judicio, ſed aut lege, aut per interpoſitam perſonam paternam acquiſierit hæreditatem, veluti ſi inteſtato fratri, quem hæredem pater ſcripſerat, ſucceſſerit, vel ſi frater, aut extraneus, qui paternam hæreditatem acquiſivit, exheredatum impuberem inſtituerit, in quibus terminis intelligendus eſt textus *in leg. ult. in princ. de leg. 3.* ubi primo gradu inſtitutus ſubſtitutus vocatur, tamquam in exhæredati filii locum ſubrogatus, *ut 1. cap. num. 1. jam monui* his ſanè caſibus ſecundis tabulis relicta inutilia prorſus ſunt *d. leg. ult. in princ. & §. 1. de legat. 3. d. l. 7. §. 7. verſ. dicet aliq. ad leg. falcid. arg. texs. in leg. 6. §. de legat. 3. & in d. leg. 7. de his quib. ut indign.* ſecundis præterea tabulis ab exheredati ſubſtituto legata, aut fideicommiſſa utiliter relinquuntur, ſi ſubſtitutus ſcriptus etiam hæres in primis tabulis fuerit, *leg. 2. §. introd. 2. hoc tit. leg. in rat. 11. §. ult. ad leg. falcid. leg. apud Jullianum 11. §. 1. leg. ita tamen 27. §. à patre 1. cum ſeq. ad trebell. argum. textus in d. leg. 94. in pr. de legat. 1. juncta d. leg. 126. in pr. eod. tit.* tradit cum aliis Retes *ſub. d. lib. 3. in d. leg. ult. in pr. & §. 1. de legat. 3.*

Quibus principiis præjactis, dicendum eſt 32 quod pupillaris ſubſtitutus qui exiſtente caſu ſubſtitutionis teſtamentarius impuberis hæres efficitur, legata ſeu fideicommiſſa ſolvere omnino tenetur; ſive in primis tabulis relicta ſint, quæ non ex propria, ſed ex pupilli perſona debet tamquam æs alienum *d. leg. 11. §. quod vulg. 5. ad leg. falcid.* ſive in ſecundis utiliter tamen juxta nuper tradita relicta proponantur, quæ ex propria perſona debet *l. mater 27. in princip. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ſi verò in primis tabulis relicta legata, in ſecundis fuerint repetita, quæri poteſt, an ſubſtituto ex propria, an verò ex pupilli perſona debeantur? quam rem ut breviter comprehendam, conſtituo, quod regulariter in primis tabulis relicta legata in ſecundis, non niſi fruſtrà repetuntur, quæ cum à pupillo ſemel deberi cæperint, à ſubſtituto ex ejus, non ex propria perſona, & ſic ex primis non ex ſecundis tabulis debentur, *l. ſi fundum 81. §. ſi paterfamilias 7. l. ſervo 143. §. ſed ſi pater 3. de legat. 1.* niſi teſtator à ſubſtituto majorem quantitatem legaverit, aut primis tabulis relictam quantitatem in ſecundis in duplum præſtari juſſerit; quibus caſibus utilis quidem repetitio eſt, & excedens quantitas, quæ in primis tabulis relicta non fuit, ex ſecundis à ſubſtituto debetur, *l. quid ergo 53. in princ. de legat. 1. l. Lucius 88. §. impuberem 7. de legat. 2. juncto* Retes *lib. 7. opuſc. cap. 6. num. 24. l. liberis 18. §. poſthumis 3. circa fin. de alim. & cib. leg.* vel niſi in primis tabulis ſub conditione relictum legatum in ſecundis fuerit ſimpliciter repetitum, quod ſi pupillus intra pubertatem pendente adhuc conditione deceſſerit, ex ſecundis tabulis præſens à ſubſtituto debetur, *l. ſi cui 52. §. 1. d. l. 81. §. 7. verſ. contra autem de leg. 1.* quod enim dicitur legatum in dubio cum ſuis conditionibus & qualitatibus repoſitum intelligi, *l. cum pater 77. §. ab inſtituto 15. de legat. 2. leg. in repetendis 63. de legat. 3. l. ult. de fideicommiſſ. libert.* ad ea legata pertinet, quæ à vulgari ſubſtituto repetuntur, quæ ideò, ut ex eis ju-

tibus conſtat, cum ſuis conditionibus in dubio repetita creduntur; quia repetitio in id fit, ut vulgaris ſubſtitutus in primo gradu relictis legatis adſtringatur, qui, ſi vel expreſſa vel tacita repetitio non adeſſet, eorum præſtationi obnoxius non eſſet; ad legata verò à vulgari ſubſtituto repetita ideò non pertinet, quia ſi conditiones repetitæ intelligerentur, inutilis omninò repetitio foret: nec enim ex eo quod pendente conditione intra pubertatem pupillus deceſſiſſet, primis tabulis relicta legata, quamvis in ſecundis repetita non fuiſſent, extinguerentur; imò exiſtente conditione ex pupilli perſonâ, & ſic ex primis tabulis à ſubſtituto deberentur ex regulâ textûs in *l. legato 65. de C. & D. cum ſimil.* Ut ergo aliquid operetur repetitio, nec inutilis prorsùs ſit, non cum ſuis conditionibus, ſed purè in ſecundis tabulis legata repetita creduntur, docent Goffredus in *d. l.* 52. §. 1. & in *d. l.* 81. §. 7. *de legat.* 1. & Cheſius 2. *interpret. cap.* 28. *ex num.* 6. Ex quibus facilè intelliguntur textus in *l. ſi quis à filio* 32. *in princ.* & in *d. l.* 113. *ſi ab impubere* 4. *de legat.* 1. in quibus ſi ab impubere legatum fuerit ſub conditione, *ſi ad pubertatem pervenerit*, & à ſubſtituto fuerit repetitum, ſi quidem ità concepta repetitio ſit; ut iiſdem diebus legata præſtentur, exiſtente caſu ſubſtitutionis inutile omninò legatum illud eſt ex defectu conditionis, quia teſtator in ſubſtitutione cœtera legata, non etiam illud repetiiſſe dignoſcitur, ut explicat Cheſius *ubi nuper num.* 5. At ſi ſimpliciter repetitio facta fuerit, purè omnia legata repetita creduntur; & illud etiam legatum præſens à ſubſtituto debetur, nec intelligitur repetita conditio, quæ inutile legatum faceret; quod etſi in repetitione à vulgari ſubſtituto factâ procederet *d. l. ult. de fideicommiſſor. libertatib.* quemadmodum & ne inutilis alioquin repetitio ſit, in primis tabulis ſub conditione relictum legatum in ſecundis in dubio purè repetitum intelligitur, ut jam dixi, & ad rem conſiderat Goffredus in *d. l.* 52. *de legat.* 1. *num.* 15. *cum ſeq.*

33 Infertur ex his, quod ſi in primis tabulis purè relictum legatum in ſecundis ſub conditione repetitum ſit, inutilis omninò repetitio eſt, quia cum ex primis tabulis legatum purè debeatur à ſubſtituto non ex propria, ſed ex pupilli perſona debetur, *d. l.* 81. §. 7. *verſ. quare de legat.* 1. niſi forſan in primis tabulis purè inutiliter relictum legatum, in ſecundis ſub conditione fuerit repetitum: veluti ſi cum res propria legatarii purè, & ſic inutiliter relicta in primis tabulis fuiſſet, in ſecundis ſub conditione teſtator legata repetierit, tunc efficax eſt repetitio, & legatum rei propriæ legatarii, quod ex primis tabulis tanquam purè relictum conſiſtere non poſſet, ex ſecundis tanquam conditionale conſiſtit; et ſi exiſtentis conditionis tempore rem ſuam legatarius alienaverit, à ſubſtituto ex propria, non ex pupilli perſonâ debetur; in quibus terminis accipiendum exiſtimo difficillimum alioquin textum in *l. legata* 19 §. 1. *de legat.* 1. in cujus ſerie falsò à nonnullis exemplum apponitur in legato rei propriæ in primis tabulis relicto, & in ſecundis purè repetito, quorum opinio facilè convincitur ex dictis 2. *cap. num.* 6. ſuperior autem noſtra interpretatio ex eo poteſt confirmari, quod ex ſententia textûs in *d. l.* 19. *in princ.* quæ habet legata in teſtamento inutiliter relicta per repetitionem in codicillis poſteà factam confirmari ità procedit, ſi cum purè inutiliter in teſtamento fuiſſent relicta, in codicillis ſub conditione fuerint repetita, ut advertit D. Retes in *extemporanea prælect. typis mandata ad text. in l. quodam* 7. §. 1. *de jur. codicill. num.* 10. Quod ergò ſubjicitur in *d.* §. 1. in terminis etiam repetitionis ſub conditione conceptæ intelligendum eſt, niſi forſan cum Petro Barboſa in *d. l.* 19. *num.* 15. ſpecies ità ponatur, ut legatum inutiliter in primis tabulis relictum ſit propter rei legatæ incertitudinem, & purè in ſecundis utiliter repetitum propter rem jam declaratam, quamvis, ut quod ſentio dicam, tunc non ex ſecundis, ſed ex primis tabulis legatum deberetur, argumento textus in *l. hæredes* 22. §. 1. *qui teſt. fac. poſſ.* Quod autem adjicitur *d. l.* 19. §. 1. tunc legatum illud deberi, cum pupillus patri hæres non extiterit, & deceſſerit, non eò pertinet, ut non debeatur, ſi cum pupillus patri hæres extitiſſet, intra pubertatem deceſſerit, ſed potiùs ut ſivè vulgaris, ſivè pupillaris ſubſtitutionis caſus extiterit, legatum à ſubſtituto non ex pupilli, ſed ex propria perſona debeatur.

Jam verò ſi de ineunda legis falcidiæ ratione quæratur, ſi quidem tam in ſecundis, 34
quàm in primis tabulis utiliter relicta legata ſint, ex omnibus ſimul contributis, & communi calculo ſubjectis una falcidia deducitur, nam ſecundis tabulis relicta perinde habentur, ac ſi in primis ſub conditione fuiſſent relicta *d. l.* 11. §. 5. *ad leg. falcid.* Unde propter incertum contributionis, cui exiſtens contributionis caſus locum facit, primis tabulis relicta liquidò pupillus non debet, quæ integra non aliter præſtare impellitur, quàm ſi caveant ſinguli legatarii ſe, quod legatorum nomine ampliùs cepiſſe apparuerit, quàm per legem falcidiam licuerit, reſtituturos, *l.* 1. §. *interdum* 12. *l. is cui* 31. *ad leg. falcid. l.* 1. *ſi cui plus quam per leg. falcid.* pupillus itaque quoad legata in ſecundis tabulis relicta ejus perſonam ſuſtinet, à quo ſub conditione legatum eſt; ut in eleganti ſpecie Ulpianus aiebat in *l. non ſolum* 7. §. *unde quæritur* 5. *cum* 2. *ſeqq. de liberat. legat.* Superiorem autem cautionem exigere impuberis tutores debent, quam ſi non exegerint eo nomine tutelæ judicio pupillari ſubſtituto tenentur *l. ſi is qui* 80. *in fin. princ. l. reperitur* 84. *ad leg. falcid. d. l.* 1. §. *ſi non fuiſſet* 2. *ſi cui plus quam per leg. falcid.* Exiſtente verò caſu ſubſtitutionis ex omnibus contributis ſimul legatis unicam falcidiam pupillaris ſubſtitutus deducit, ad cujus rationem ineundam quantitas, quam mortis tempore parens reliquerit, expectatur, nec ejus patrimonii, quod aliunde pupillus acquiſierit, & mortis ſuæ tempore reliquerit, ratio habetur, & pro concurrente ſolùm quantitate eorum, quæ moriens pater reliquerit, omnia legata præſtantur, ita ut ſi paternæ mortis tempore ejus hæreditas in ea cauſa eſſet, ut legatis omnibus ſolutis quadrans integer remaneret, quamvis à pupillo poſteà diminuta ita ſit, ut ejus hæreditas legatis ſolvendis non ſufficiat, ſubſtitutus falcidiam deducere non poſſit, & è converſo ſi paterna hæreditas legatis ſolvendis

non ſufficeret, quamvis locuples patrimonium aliunde acquiſitum pupillus reliquerit, falcidiam detrahere ſubſtitutus non prohibeatur *d. l.* 11. §. 1. *l. in duplicib.* 79. *d. l.* 87. §. *quod ſi extranei* 5. *in fin. & d.* §. 7. *verſ. poteſt. dici ad leg. falcid.* docent cum pluribus Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 6. *num.* 7. *cum trib. ſeqq.* & Cheſius 2. *interpr. cap.* 13. *num* 19.

Nec contrarium probat textus in *l.* 5. §. *ſi ab impuberis* 12. *ut in poſſeſſ. legator.* nam ut ibi Goffredus prævidit ex eo quod is, cui in ſecundis tabulis legatum relictum eſt, non modò in ea bona irritatur, quæ parentis fuerunt, ſed & in ea, quæ impubes poſteà acquiſivit, non infertur, quod ex bonis à pupillo aliunde acquiſitis ſolvenda legata ſint, ſed ſolùm quod omnia illa bona ſunt hæreditaria, in quorum ideò poſſeſſionem legatarius mittendus eſt ex regula textus in *d. l.* 5. §. *qui in poſſeſſionem* 5. Difficilius ſanè illud eſt, quod pupillaris ſubſtitutus poteſt gravari, ut pupillarem hæreditatem retineat, quod fideicommiſſum tam aliunde comparata, quam à parente profecta bona complectitur ex dictis *num.* 29. ac per conſequens ex omnibus ſolvendum eſt. Omiſſo tamen Carvallo *de una, & altera quarta* 3. *par. num.* 65. & 68. qui difficultatem agnovit, nec diluit, reſpondeo cum Goffredo in *d. l.* 11. §. *ult. ad leg. falcid. num.* 9. *cum duob. ſeqq. & num.* 8. quod ideò à ſubſtituto relicta legata, aut ſingularia fideicommiſſa ex paternis duntaxat bonis præſtantur, quia cùm pupillaris ſubſtitutio fuerit ſolùm propter pupillarem utilitatem recepta, permitti parentibus non debuit, ut bona ab impuberibus aliunde comparata legatis, aut ſingularibus fideicommiſſis erogarent, ut potè quæ impuberum utilitatem impugnarent potiùs, quam adjuvarent; cùm legatarii, & particulares fideicommiſſarii juris ſucceſſores non ſint, & eorum metu timidiùs forſitan ſubſtituti pupillorum hæreditates adirent: ex contrario autem univerſale pupillaris hæreditatis fideicommiſſum à ſubſtituto relictum, quia pupilli reſpicit utilitatem, cui univerſalis fideicommiſſarius in effectu perinde ſuccedit, ac ſi teſtamentarius hæres eſſet, qui & poteſt ſubſtitutum ad adeundam pupilli hæreditatem compellere, ex omnibus bonis ſivè à patre relictis, ſivè à pupillo comparatis præſtatur. Unde infert Goffredus, quod licèt ab exhæredati ſubſtituto nec legatum, nec particulare fideicommiſſum poſſit relinqui, ut dixi *num.* 30. univerſale fideicommiſſum, quod pupillo proficuum eſt, jure relinquitur, ut probant ab argumentu textus in *d. l.* 2. §. 2. *hoc tit. d. l.* 11. §. 1. *l.* 27. §. 4. *cum ſeq. ad Trebell.* quamvis à legitimo hærede exhæredati nonniſi patri hæres extiterit, nec univerſale quidem fideicommiſſum relinqui ideò non poſſit *d. l.* 94. *de legat.* 1. quia impuberi nullam affert utilitatem, qui, etſi maximè fideicommiſſum conſtiterit, non eò minùs inteſtati exitum pateretur.

36 Hæc in ſubſtitutione ex aſſe inſtituto impuberi factâ procedunt, at ſi ex parte inſtituto impuberi cohæres pupillariter ſubſtituatur, quoad legata à ſe, & à filio in primis tabulis relicta cohæredis jure utitur, & licèt integram ſuam partem habeat, ſi tamen pupilli pars exhauſta, vel onerata legatis inveniatur, falcidiam ex ea deducere poteſt, quia cum non ſuo nomine, ſed impuberis legatis ab eo relictis adſtringatur, ex ejus perſonâ falcidiæ deductione fungitur *d. l.* 87. §. *qui filium* 4. *verſ. ſi vero patri ad leg. falcid.* junctâ regulâ textus in *l. quod ſi alterutro* 78. *eod. tit.* Et è converſo ſi pupillus integram ſuam portionem haberet, ſi tamen pupilli portio legatis tam ab ipſo, quàm in ſecundis tabulis relictis exhauſta, vel onerata ſit, falcidiam ex pupilli perſona poteſt detrahere *d. l.* 11. §. *quæſitum* 7. *ad leg. falcid.* quia cum in ſecundis tabulis relicta quoad contributionis effectum in primis, & ſic à pupillo quaſi ſub conditione relicta cenſeantur, quoad eundem effectum non poſſunt à ſubſtituto data videri, qui ideò ex impuberis perſona falcidiam deducit, cujus rationem in ſingulis hæredibus ponendam conſtat, *l. in ſingulis* 77. *eod. tit.* niſi forſan utraque, pupilli ſcilicet, & cohæredis ſubſtituti portio exhauſta, vel onerata legatis inveniatur; quo caſu quamvis ſubſtitutus ex ſuâ portione falcidiam detraxerit, exiſtente caſu ſubſtitutionis contributis ſimul portionibus, & legatis ex integro ex omnibus falcidiam ità deducit, ut ejus patrimonii, quod moriens pater reliquerit, integrum quadrantem retineat, ut ſic ſi una portio minùs quàm altera fuerit onerata, omnium legatariorum, qui æquè voluntatem teſtatoris habent, par ſit conditio juxtà textum ſic intelligendum in *d. l.* 87. §. *ult.* & præcipuè in *verſ. nec aliter*, quem ſic expoſuit Cheſius *d. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 15. Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 41. §. *cohæres* 6. *in princ. hoc tit.* Ubi pupilli portio ex ſua perſona legatis non fuit, ſed ſolùm in ſecundis tabulis ultrà portionis pupillo relictæ dodrantem relicta legata fuerunt, quo caſu ideò ſubſtitutus cohæres habitâ totius hæreditatis ratione ſolida legata præſtat, quia ex pupilli perſona, qui oneratus fuit, falcidiam deducere non poteſt, & perinde habetur, ac ſi ex parte purè, ex parte ſub conditione in primis tabulis fuiſſet inſtitutus, in quibus terminis indiſtinctè portionum, & legatorum contributioni locus eſt *d. l.* 11. §. 7. *verſ. & aliam cauſam d. l.* 87. *ſi tamen ex parte* 3. *ad leg. falcid.* Aliud verò dicendum monet Papinianus in *d. l.* 11. §. 6. *verſ. non ideò*: ſi cum pupillus hæredem haberet, non ejus cohæres, ſed alter in primis tabulis hæres non ſcriptus pupillariter fuerit ſubſtitutus, qui adveniente caſu ſubſtitutionis cohæredi in primis tabulis ſcripto cohæres eſſe intelligitur: quemadmodum & hi, quorum uni in primis tabulis res aliqua legatur, & alteri in ſecundis eadem relinquitur, nec conjuncti ſunt, & exiſtente caſu ſubſtitutionis ad rem eandem concurrunt *l. planè* 34. §. *ſed ſi in pupillari* 20. *de legat.* 1. textus ſic intelligendus in *d. l. quid ergo* 53. §. 1. *eod. tit.* juncto Ramos in MS. *ad tit. de legat.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. ac proinde quamvis cohæres integrum quadrantem habeat ex pupilli portione, ſi legatis tam à pupillo in primis, quàm in ſecundis tabulis fuerit onerata, falcidiam poteſt ſubſtitutus deducere, ex regula in *d. l.* 77. *ad legem falcid.* docent obſcurè non minùs, quàm diffusè cum aliis Valentia *d. lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 7. *ex num.* 18. Carvallus *de una, & altera quarta d.* 3. *par. ex num.* 90. Cheſius *d. lib.* 2. *cap.* 13. *ex num.* 13.

Quod ſi ex aſſe inſtituto impuberi duo, plu- 37

reſve pupillariter ſint ſubſtituti, in ſingulis ſeparatim ratio legis falcidiæ ponenda eſt: ut ecce ſi cum in tabulis relicta legata intrà dodrantem fuiſſent, in ſecundis unus ex ſubſtitutis pars legatis ſit onerata, alterius verò portio onerata non ſit, onus quidem eorum, quæ relicta in primis tabulis fuerunt, ſi pupillus eis nondum ſolutis deceſſerit, pro æquis portionibus inter ſubſtitutos dividitur, quorum is dumtaxat, cujus portio tam legatis à ſe relictis, quàm dimidià eorum parte, quæ relicta in primis tabulis fuerunt, onerata invenitur, falcidiam deducit *l. ſi is qui* 80. *in princ. ad leg. falcid.* nec contrarium evincit textûs in *d. l.* 1. §. *Marcellus* 3. *ſi cui pluſquam per leg. falcid.* ubi ideò cùm primis tabulis relicta legata non fuiſſent, ex ſubſtitutis unus, cujus dumtaxat portio in ſecundis tabulis legatis fuit exhauſta, integra legata ſolvit, quia adhuc ſubſtitutus alter de adeunda, vel repudianda ſua portione, quæ integra erat, deliberabat, quæ ſi fuiſſet poſteà repudiata, exhauſtæ portioni accreſceret, & falcidiam moveret ex regula textûs in *d. l.* 78. *ad legem falcid.* Interim itaque integra legata præſtantur, exactâ tamen in utriuſque ſubſtituti gratiam cautione, ſi cui plus, quàm per legem falcidiam, quæ utrique proficiet, ſi eam alter etiam ſubſtitutus adierit, æris alieni onus poſteà emerſerit, & tam ejus ſolvendi, quàm falcidiæ deducendæ ratione legatorum partem repetere neceſſum ſit, ut explicat Valentia *d. lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 6. *num. ult.* hinc ſi unius ex ſubſtitutis pars legatis ab eo in ſecundis tabulis relictis ſit onerata, alterius autem portio legatis quidem ab eo relictis onerata non ſit, contributis autem legatis ab eo relictis cum dimidia eorum parte, quæ relicta in primis tabulis fuerunt, onerata inveniatur, is quidem, cujus pars legatis ab eo relictis onerata eſt, non quidem ex pupilli perſona, ſed ea ſubducta ex propria perſona perinde ac ſi patri hæres extitiſſet, ad intellectum inſtitutionis revocatur, & falcidiam ex ſua portione deducit; alter verò, cujus pars legatis quidem ab eo relictis onerata eſt, eis autem cum dimidia eorum parte, quæ à pupillo relicta fuerunt, contributis onerata invenitur, quamvis, ut inſtitutus ſalvum quadrantem habeat, nec ex ſua portione falcidiam poſſit deducere; ex pupilli tamen perſona, & tanquam ſubſtitutus falcidiæ deductione fungitur; ut ſi calculi confuſione factâ in tabulis patris, & filii unica falcidia ſervetur *d. l.* 11. §. *ſi filio* 6. *ad leg. falcid.* quem textum ſic exponunt Valentia *d. cap.* 6. *ex num.* 11. & Cheſius *d. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 20.

38 Cæterùm ſi exhæredato impuberi in primis tabulis ſcriptus hæres pupillariter ſit ſubſtitutus, ſive in primis tabulis ultra paternæ hæreditatis dodrantem relicta legata ſint, ex his falcidiam deducit, nullâ habitâ pupillaris hæreditatis ratione, quæ cùm longè diverſa à patris hæreditate ſit, nec eodem, ſed diverſo hæreditario jure capitur, legata non auget *l. quod ſuprà* 10. *ad leg. falcid.* juncto ibi Cujacio *lib.* 20. *quæſt. Papin.* quemadmodum & in id, quod prælegati nomine ad impuberem ex parte inſtitutum pervenerit, in falcidiæ computationem non venit, ideſt legata non auget, quia non hæreditario, ſed prælegati jure à pupillo, & ab ejus ſubſtituto capitur *l. cum pater* 60. *in princ. junctâ l. in quartam* 91. *eod. tit.* ſive tamen in ſecundis, quàm in primis tabulis ultrà paternæ hæreditatis dodrantem relicta legata ſint, omnia quidem communi calculo ſubjiciuntur, patris tamen, & impuberis hæreditates tanquam diverſæ non confunduntur, imò nullâ pupillaris hæreditatis habita ratione, & inſpectâ ſolum patrimonii quantitate, quam mortis ſuæ tempore pater reliquerit, ex omnibus contributis ſimul legatis unicam falcidiam ſubſtitutus deducit *d. l.* 11. §. *ult. ad leg. falcid.* Nec tunc obſtat textus in *d. l. ſi filius qui patri* 12. *hoc tit.* in cujus ſerie quam ad rem aliam explicuimus *num.* 17. ideò filius à patre hæres ſcriptus, & exhæredato impuberi fratri ſubſtitutus, qui à Prætore impetratâ ſeparatione, paternâ ſe abſtinuit hæreditate, & fraternam ex cauſa ſubſtitutionis retinuit, legata ſecundis tabulis relicta præſtare compellitur; quia cum patri, & poſteà fratri ſuus, & neceſſarius hæres extiterit ex parentis judicio, potuit in ſecundis non minùs, quàm in primis tabulis legatis onerari, & quod per abſtenſionis beneficium paternam poſteà hæreditatem omiſerit, efficit quidem, ut in primis tabulis relictis in effectu non adſtringatur, efficere tamen non debet, ut eorum onus, quæ relicta in ſecundis tabulis fuerunt, non ſubeat, cum & patri hæres extiterit, & per eum ſteterit, quominus paternam retineret hæreditatem, quod legatariis obeſſe non debet; ut tradit Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Papin. in d. l.* 12. in qua meritò dicitur in hujuſmodi caſu legata præſtari debere, habitâ ratione facultatum in falcidiâ non patris, ut aliàs ſolet, ſed impuberis, ideſt eam dumtaxat quantitatem, quam mortis ſuæ tempore pupillus reliquerit, expectari, cum ex ejus, non ex patris bonis legata præſtentur; unde convincitur nova quædam ejus textûs deciſiva ratio à Cheſio excogitata *lib.* 1. *interpr. cap.* 15. cui parùm favet textûs in *l. liberto* 26. *de bon. libertor.* ubi ideò legatum à teſtatore relictum ab hærede repudiatum in bonis numeratur, quoties de falcidia quæſtio eſt; quia repudiatio ex mera hæredis voluntate dimanat, quæ legatariis obeſſe non debet; at in *d. l.* 12. filius non propriâ auctoritate, ſed à Prætore ſeparatione impetratâ, paternâ ſe abſtinuit hæreditate; quæ ideo in ejus bonis non numeratur. Ex quibus, & ex dictis *num.* 35. convinci etiam poteſt nova alia interpretatio tradita à Villar *de pupillar. ſubſtitut. cap.* 3. §. 2. *ſect.* 1. *ex num.* 100. *ad trebell.* quam noviter jam expoſui *præced. cap. num.* 24.

39 Ex ſupradictis infertur, quod ſi duobus impuberibus à communi parente inſtitutis, ſeparatim aliquis ſit ſubſtitutus, & utrique intra pubertatem decedenti hæres exiſtat, impuberibus de medio ſubductis perinde habetur, ac ſi in primis tabulis ex duabus hæreditatis partibus inſtitutus ipſi parenti hæres extitiſſet, ac proinde tam hæreditatum, quàm legatorum contributioni locus eſt; ita ut ſi alterutrius impuberis bonis paternæ hæreditatis quadrantem ſubſtitutus retineat, exonerata, vel exhauſta alterius portione falcidiam deducere non poſſit, nec curatur, an primi, an vero poſtremi decedentis pars ſit onerata *l. pater* 14. §. *duob.* 2. *junctâ d. l.* 11. §. 6. & 7. *verſ.* & *aliam cauſam ad leg. falcid.* ut præter eos, quos congerit Retes *lib.* 7. *opuſc. cap.* 5. *num.* 21. docet Carvallus *de una*,

& altera quarta §. 3. *par. num.* 97. *cum* 4. *ſeqq.* ſimiliter ſi ex duobus impuberibus inſtitutis noviſſimo decedenti ſubſtitutus aliquis ſit, ſiquidem utrique ſimul decedenti ex ſubſtitutione hæres exiſtat juxta ea, quæ dixi 1. *cap. num.* 28. quoad ineundam falcidiæ rationem tam hæreditates, quàm legata communi calculo ſubjiciuntur; atſi non ſimul, ſed ordine fratres deceſſerint, nec hæreditatum, nec legatorum contributioni locus eſt; & quamvis in noviſſimi decedentis hæreditate ejus etiam, qui prior deceſſit, hæreditatem ſubſtitutus inveniat, ſi tamen dimidia paternæ hæreditatis pars, quæ ad noviſſimum decedentem pervenit, legatis tam in ſecundis, quàm in primis tabulis relictis ſit onerata, ex ea ſeſcunciam, quæ ſemiſſis eſt quadrans ex lege falcidia retinebit, nec ratio ulla habebitur ejus paternorum bonorum portionis, in qua noviſſimus ab inteſtato priori ſucceſſit, ut potè quæ non ex diſpoſitivo parentis judicio, ſed ex legis poteſtate ad noviſſimum, & per mediam ejus perſonam ad ſubſtitutum pervenit *l. qui duos* 42. *hoc tit. d. l.* 14. §. *ult. ad leg. falcid.* ſi verò de legatis ab impubere, qui prior deceſſit, aut in primis, aut in ſecundis tabulis relictis quæratur, expeditum eſt, quod primis tabulis relicta legata debere ipſe cœpit, quæ à fratre, qui ipſi ab inteſtato ſucceſſit, tanquam æs alienum debentur; ſecundis autem tabulis ab ejus ſubſtituto in caſum, in quo ipſe noviſſimus deceſſiſſet, relicta, irritis in ejus perſona ſecundis tabulis factis, in neceſſariam conſequentiam evaneſcunt *d. l.* 42. *verſ. legata hoc tit.* docent Retes *d. lib.* 7. *cap.* 5. *num.* 22. *cum ſeq.* & Carvallus *d.* 3. *par. num.* 103. *cum.* 5. *ſeqq.*

40 Sequitur jam, ut videamus, an & quonam modo parentis judicio per contra tabulas bonorum poſſeſſionem reſciſſo, in primis, aut ſecundis tabulis relicta legata ſubſtitutus præſtare teneatur? Et quidem ſi eo teſtamento, quo impuberi filio pupillariter parens ſubſtituit, emancipatus alter filius præteritus inveniatur, ſivè emancipatus ipſe, ſivè impubes inſtitutus commiſſo per fratrem edicto contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoverit, quia civili etiam jure pupillares conſiſtunt tabulæ ex dictis *anter. cap. num.* 18. & 22. in eis relicta legata non modò exceptis perſonis, ſed & extraneis quibuſlibet, habitâ ratione legis falcidiæ, ſubſtitutus præſtare tenetur, *l. ex duob.* 34. §. *ult. hoc tit. l. filium* 5. *in princ. verſ. ſin verò a ſubſtituto de legat. præſt.* ità tamen, ut ſi per contra tabulas bonorum poſſeſſionem plus adeptus fuerit impubes, veluti ſi ex uncia fuerit inſtitutus, quæ per bonorum poſſeſſionis beneficium creſcit in ſemiſſem, non pro unciæ, ſed pro ſemiſſis modo ad ineundam falcidiæ rationem à ſubſtituto legata præſtantur, & ſimiliter ſi ex eo quod pupillus à ſe relicta legata juxta Prætoris edictum, de quo in *l.* 1. *& per tot. tit. de legat. præſt.* non omnibus, ſed exceptis dumtaxat perſonis præſtiterit, portio, ex qua fuit inſtitutus, aucta fuerit, pro augmenti etiam modo falcidiam ſubſtitutus deducet *l. etſi contra tabulas* 35. *hoc tit. d. l. ab exhæredati* 126. *in princ. verſ. ſed ſi committenti de legat.* 1. *d. l.* 5. §. 1. *de legat. præſt.* Nam etſi impubes ipſe pro augmenti etiam modo exceptis perſonis legata deberet *d. l.* 35. *hoc tit. d. l.* 5. §. *ſi legata* 5. juxta veriorem affirmativam florentinam lectionem & §. *ult. de legat. præſt.* ut ſolidè fundat Carvallus *d.* 3. *par. num.* 45. *cum* 4. *ſeqq.* Et è converſo ſi propter contra tabulas bonorum poſſeſſionem minùs ad impuberem filium pervenerit, veluti ſi ex aſſe fuiſſet inſtitutus, quo caſu emancipatus frater præteritus hæreditatis ſemiſſem ei aufert, pro ejus dumtaxat modo quod ad impuberem pervenerit in ineunda falcidiæ ratione à ſe relicta legata ſubſtitutus præſtabit, ut ſic eadem diminutionis, & augmenti ſit ratio *d. l.* 35. *verſ. his conſequens hoc tit.* Nec obſtat, quod his caſibus augmentum non ex parentis judicio, ſed per bonorum poſſeſſionis beneficium ad impuberem filium pervenerit; nam reſpondeo, quod licèt impubes contra parentis judicium augmentum lucretur, ſubſtitutus tamen juxta parentis judicium univerſam pupilli hæreditatem conſequitur, & augmentum ex paternis bonis hæreditario jure percipit, quod efficit, ut pro augmenti etiam modo à ſe relicta legata præſtare teneatur, ut conſiderat Carvallus *d.* 3. *par. num.* 61. *cum duob. ſeqq.* Nec magis obſtat, quod exhæredati ſubſtitutus pro ejus modo, quod ex paterna hæreditate circa parentis diſpoſitivum judicium ad impuberem pervenerit legatorum, aut fideicommiſſorum præſtationi non adſtringatur, *d. l.* 87. §. *qui filio* 7. *verſ. dicet aliquis ad leg. falcid.* junctis quæ dixi *num.* 31. Quia in exemplis in eo textu adductis paterna hæreditas proprium hæredis patrimonium effecta ex ejus judicio ad impuberem perveniſſe proponitur, at in præſenti augmentum, quod per bonorum poſſeſſionis beneficium ad impuberem pervenit, ex paterna hæreditate deſcendit, & ex parentis judicio à ſubſtituto hæreditario jure percipitur.

Sin autem de legatis in primis tabulis à pupillo relictis à ſubſtituto præſtandis quæratur, 41
ſi quidem emancipato filio præterito ex minori parte, quàm ſemiſſe inſtitutus fuerit impubes (in his quæſtionibus inſtitutis præcisè, non præteritus impubes ponendus eſt, alioquin inutiles ſecundæ tabulæ forent ex dictis 2. *cap. num.* 11. nec præteritus filius poſſet legatis, aut fideicommiſſis onerari *l.* 2. *de legat.* 3. *l. alieno* 31. §. *ſi patronus* 3. *de fideicom. libert. l. cum quidam* 31. *C. de fideicom.* & commiſſo per fratrem edicto ſemiſſem fuerit adeptus, quamvis exceptis dumtaxat perſonis juxta prætorium edictum *de legat. præſt.* pro modo ſemiſſis legata præſtare teneatur; eo tamen impubere mortuo ſubſtitutus ex ea quidem parte, ex qua filius à patre inſtitutus fuit, omnibus etiam extraneis, ex ſemiſſe vero exceptis ſolum perſonis legata præſtare compellitur. *l. ult.* §. *ſi filius* 2. *de legat.* 3. ſed dices: primis tabulis relicta legata non ex propria, ſed ex pupilli perſona tanquam æs alienum debet ſubſtitutus, qui nec io plus, quàm pupillus, poteſt onerari. *d. l.* 11. §. 5. *d. l.* 87. §. 7. *in fin. ad leg. falcid.* ſed pupillus in propoſito nec ex ea quidem parte, ex qua à patre fuit inſtitutus, extraneis perſonis legata præſtat: ergo nec ejus ſubſtitutus ex vulgari regula textùs in *l.* 2. §. 2. *in princ. de verb. oblig.* Reſpondeo, quod ideo pupillus in præſenti exceptis ſolum perſonis legata præſtat, quia integrum ſemiſſem contra parentis judicium per ſolius poſſeſſionis bonorum beneficium majorem

hæreditatis partem, quàm ex qua fuit inſtitutus, acquirit: at ſubſtitutus eam partem, ex qua impubes fuit ſubſtitutus, ex parentis judicio nanciſcitur, & pro ejus modo omnibus etiam extraneis ideo legata præſtat. Quod quidem ità procedit, ſi per bonorum poſſeſſionis beneficium majorem hæreditatis partem, quàm ex qua fuit inſtitutus, impubes fuerit adeptus. At ex contrario ſi propter bonorum poſſeſſionem fuerit minorem partem conſecutus, veluti ſi ex aſſe, vel majori parte, quàm ſemiſſe fuerit inſtitutus, ſubſtitutus pro ejus modo, quod ad impuberem pervenerit, ad ejus inſtar, exceptis dumtaxat perſonis legata præſtare tenetur: textus ſic intelligendus in *d. l. ult. de legat.* 3. *d. l.* 5. *in princ. verſ. & ſi quidem de legat. præſt.* deficit etenim augmenti ratio, quæ prætoriam æquitatem induxit; ut in contrario caſu pro ejus modo, quod ex teſtatoris judicio ad ipſum perveniſſet, omnibus etiam extraneis legata præſtare ſubſtitutus teneretur. Unde ſi per bonorum poſſeſſionem pupilli portio nec augeatur, nec diminuatur, veluti ſi ex ſemiſſe inſtitutus fuerit impubes, pro ſemiſſis modo non extraneis, ſed exceptis ſolùm perſonis ſubſtitutus legata præſtabit; tradunt omiſſâ Cujacii emendatione D. Retes *ſub lib. 3. opuſc. ad lib. ſingul. quæſtionum ſcævolæ in d. l. ult.* §. 2. *&* 3. *de legat.* 3. & Carvallus *de una, & altera quarta d.* 3. *par. ex num.* 50. Habetis jam (ſectatores nobiliſſimi) integrum de pupillari ſubſtitutione tractatum, ſi non felici eventu, ſummis certè vigiliis elaboratum. Quæcumque Conſultorum teſtimonia, & Imperatorum placita ad rem ſpectare comperii, aliquàli diligentiâ collegi, ex his plurima propriis obſervationibus illuſtravi; utinam in Dei laudem, & veſtram utilitatem. Amen.

DON JOANNIS

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XX.

De tranſmiſſione hæreditatis ſive ad titulum pandectarum de acquirenda, vel omittenda hæreditate.

CAPUT PRIMUM.

In quo circa nondum adita hæreditatis tranſmiſſionem generalis regula ſtatuitur ejuſque ampliationes & limitationes ſecundum jus Pandectarum exponuntur.

1 EXtranei hæredes quales illi omnes in præſenti cenſentur qui in poteſtate morientis non fuerunt §. *cæteri* 3. *inſt. de hæred. qualit. & different.* ſive teſtamento inſtituti, ſive ab inteſtato ad legitimam hæreditatē vocati, poſſunt vel adeundo, verbis ſcilicet ſuſcipiendæ hæreditatis voluntatem exprimentes, vel pro hærede gerendo, eum videlicet actum exercentes quem circa jus, & nomen hæredum exercere non poſſent, hæredes fieri *leg. pro hærede* 20. *in principio* & §. 1. & §. *Papinianus* 4. *leg. ſi quis* 25. §. *ſed quid ſi mandavit* 7. *leg. quandiu* 69. *leg. gerit* 88. *hoc tit. cum ſimilibus* §. *ult. inſt. de hæred. qual. & differ.* ſi ſtatim poſt aditionem aut pro hærede geſtionem etiam ante aprehenſam poſſeſſionem ipſo jure quiritarium rerum hæreditariarum dominium acquirunt. *leg. ſi ager* 50. §. 1. *de rei vind. leg. cum hæredes* 22. *in prin.* de acquit. poſſeſſ. nec ex quo agnita defuncti hæreditas eſt, amplius hæreditas propriè dici poteſt, quæ imò ex tunc proprium hæredis patrimonium eſſe incipit *leg.* 1. §. 1. *de ſeparat.* hinc ſi extraneus hæres poſt acquiſitam hæreditatem deceſſerit, eam tanquam proprii patrimonii partem ad quemcumque hæredem tranſmittit, qui ſeparare bona non poterit *leg. ſi ſine* 9. §. *illud* 6. *de interrog. in jur. fac. leg. ſi quis filium* 7. §. *ult. hoc tit. leg. ſed ſi plures* 1. §. *filio* 2. *de vulgari*, cum unica ſit hæreditas duplex patrimonium complectens, quæ ut pote ſui natura individua, ſcindi non poteſt, ſed vel in totum agnoſci, vel in totum debet repudiari *leg.* 1. & 2. *l. ſi ex aſſe* 10. *hoc tit.* quo vulgaris illa regula pertinet, quæ habet quod hæres hæredis etiam teſtatoris eſt hæres *leg.* 3. *de pet. hæred. leg. pater familias* 46. *de vulgari dict. leg.* 7. §. *ult. hoc tit. leg. qui per ſucceſſionem* 194. *de R. J. leg. ult. Cod. de hæred. inſt.* quia dum primi teſtatoris hæreditatem in hæredis patrimonium converſam acquirit, primo etiam teſtatori quamvis remoto & per conſequentiam hæres extitiſſe intelligitur ex quibus illuſtrari poteſt difficilis textùs *in leg.* 1. *de caſt. pecul.* quem in *leg.* 1. §. *quæſitum* 5. & §. *ſecundum hæc* 8. *de ſeparation.* eleganter expoſuit eruditiſſimus anteceſſor, & præceptor noſter D. Reyes *lib.* 5. *opuſculorum capit.* 9. *n.* 5.

Cæterum ſi extraneus hæres priuſquam adierit, vel pro hærede geſſerit vita deceſſerit regulariter ſive novum ſive antiquum jus attendamus nec hæreditatem nec magis ejus acquirendæ facultatem ad hæredem tranſmittit *leg. tutores* 39. §. *hæres* 3. *de adminiſ. tutor. leg. ille à quo* 13. §. *quid ergo* 13. *in fin. ad trebell. leg.* 1. § 1. *verſ. tractari ad Tertyll. leg. ſi ex pluribus* 9. *de ſuis, & legitimis leg.* 75. §. 1. *de legat.* 2. *Ulpian. in fragment. tit.* 26. *de legitim. hæreditate* §. *ſi plures* 4. *Paulus lib.* 4. *ſentent. tit.* 8. *de inteſtatos. ſucceſſ.* §. *in hæreditate* 3. *leg.* 3. *verſ. quod ſi leg. quoniam* 7. *cod. de jure deliber. leg. unica* §. *in noviſſimos verſ. hæreditatem cod. de caduc. toll. leg.* 2. *C. ad S. C. orficianum leg.* 1. *circa finem Cod. Theod. de legitim. hæreditatibus* §. *poſteriore* 2. *verſ. ideoque inſt. quib. mod. teſt. infirm.* §. *placebat* 7. *inſt. de legit. agn. Succeſſ.* §. *ult. inſt. de S. C. orficiano*, cujus & ſi certiſſimæ regulæ ratio non ſtatim occurrit imo juxta juris principia dicendum videbatur quod licet non dum adita hæreditas quia in bonis adhuc non eſt *leg. pretia rerum* 63. *in prin. verſ. eſt enim abſurdum ad leg. falcid.* ad hæredem tranſmitti non poſ-

ſit, adeundi tamen, ſeu ſuccedendi jus, quod ex delatæ hæreditatis tempore hæredi ſtatim acquiritur *leg. is qui heres* 13. *in prin. leg. ſi poſt* 18. *leg. quod ſi dubites* 33. *hoc tit. leg. dilata* 151. *de v. ſ. l.* 3. *C. de inſtitut. & ſubſtitut.* ibi: *jus adeundæ hereditatis cum ſua cauſa quæſiſtis.* ad hæredem debet transferri exemplo cæterorum jurium quæ ſemel acquiſita ad hæredem omnino tranſmittuntur *leg. heres in omne* 37. *hoc tit. cum ſimilibus*, legati etiam exemplo, quod & ſi ante aditam hæreditatem, ſive per vindicationem, ſive per damnationem reſciſum ſit, legatario nec acquiratur, nec debeatur in veriori ſententia cui ſubſcripſi *in Academic. ad tit. ff. & cod. quand. dies leg. ced. cap.* 1. *n.* 2. *&* 3. *& cap.* 2. *n.* 23. etiam nou dum agnitum poteſt ad hæredem tranſmitti *leg. ſi poſt diem* 5. *cum aliis pluribus quando dies leg. Ced.* & fideicommiſſi ſive particularis, ſive univerſalis quod licet ante factam reſtitutionem non acquiratur *leg. quidam* 25. *§. ſi quis filium* 2. *leg. facta* 63. *leg. ſi heres* 70. *§.* 1. *ad trebell.* etiam ante aditionem ad hæredem transfertur *leg. cogi.* 16. *§. idem Mæcianus* 9. *dic. leg.* 25. *in princ... cum aliis eod.* ut fundavi *dict. cap.* 1. *n.* 23. *cum ſeq.* quinimo urgentiori ratione ſuccedendi jus circa nondum aditam hæreditatem quam nondum agnitum legatum, vel fideicommiſſum ad hæredem tranſmitti debere videtur nam hæres ſaltem ex quo ſibi teſtamentaria vel legitima delata hæreditas eſt, ejus adeundæ jus acquirit; legatum autem aut fideicommiſſum non defertur ante aditam hæreditatem, nec prius poteſt agnoſci, vel repudiari textûs ſic intelligendus *in leg. Julianus* 10. *de legatis* 1. *leg. optione* 16. *leg. argumento textus in leg. ſi ita ſcriptum* 45. *§.* 1. *de legatis* 2. *junct. dict. leg.* 5. *§.* 1. *leg. ſi dies* 21. *quand. dies leg. cedat*; & tamen legatum, aut fideicommiſſum non ſolum non agnitum ſed & non delatum, non modo priuſquam acquiratur, verum & ante quam acquiri, aut deberi poſſit, ad hæredem tranſmittitur, potiori igitur jure hæres qui licet non dum aditam hæreditatem non acquiſierit, eam tanquam ſibi delatam adire potuit, vel repudiare, ante aditionem decedens adeundi, vel ſuccedendi jus poterit ad hæredem tranſmittere.

3 Difficultas hæc tametſi non ſit adſtructa interpretum merito torſit ingenia, qui varias regulæ noſtræ quæ nondum aditam hæreditatem ad hæredem tranſmitti non patitur, rationes exquirere coacti ſunt & pluribus omiſſis, quas refert, & acriter refellit Ant. Gom. 1. *Var. cap.* 9. *ex n.* 1. *uſque ad* 6. exiſtimat Duaren. in *paraphraſi ad noſtrum tit. cap.* 5. *& lib.* 7. *de jure accreſc. cap.* 17. leges Juliam, & Papiam inter alia quæ ærarii locupletendi gratia induxerunt, illud etiam induxiſſe, ut non dum adita hæreditas ad hæredem tranſmitti non poſſet, ut ſic ad fiſcum hæreditates confluerent, ſi hæredes antè aditionem fati munus implere contingeret quæ Duareni ratio ex eo diſplicuit Giphanio *in leg. unic. C. de his qui antè apert. tab. hæred. tranſm. n.* 1. quod ſi hoc jus in fiſci compendium caducariæ leges induxiſſent, poſt ipſas Juſtiniani conſtitutione abrogatas *in l. un. C. de cad. toll.* hæreditas poſſet antè aditionem ad hæredem tranſmitti cujus contrarium ex ipſo Juſtiniano conſtat in *d. l. un. §.* 5. *v. hæreditatem*, & meo judicio non minus ex ſeqq. Duaren. evidenter convincitur, ſi enim aditam hæreditatem ad hæredem non tranſmitti ærarii locupletandi cauſa fuiſſet conſtitutum, his ſanè caſibus in quibus hærede antè aditionem decedente fiſcus vindicare hæreditatem non poterat, tranſmiſſioni locus eſſet, atqui illis etiam caſibus, in quibus hærede antè aditionem decedente hæreditas ad fiſcum non pertinebat non eo magis ad hæredem tranſmittebatur: ergo jus hoc nondum aditæ hæreditatis non tranſmittendæ caducariis legibus inductum dici non poteſt: minor probatur circa legitimas hæreditates id eſt quæ ab inteſtato deferuntur caducariæ leges ſiluerunt, & licet legitimus hæres ante aditionem deceſſiſſet, nec hæreditas nec ejus pars fiſci juribus vindicaretur ut ex Ulpian. in *fragm. d. tit.* 26. *de legitim. heredibus §. ſi plures* 4. ex Paul. *dict. lib.* 4. *ſentent. tit.* 8. *de inteſtat. ſucceſſ. §. ult.* & aliis juribus fundat illuſtris Ramos. *lib.* 4. *ad. ll. Jul. & Pap. reliq.* 37. *n.* 3. *cum ſeqq.* & tamen certi juris eſt legitimam hæreditatem ante aditionem non magis quam teſtamentariam ad hæredem tranſmitti *d. l.* 9. *de ſuis & legit. cum ſimilibus*, ergo & ſi hærede ante aditionem decedente hæreditas ad fiſcum non pertineret non eo magis ad hæredem tranſmittebatur. Rurſus etſi teſtamento ex aſſe inſtitutus hæres ante aditionem deceſſiſſet hæreditatem fiſcus vindicare non poterat, quæ proximioribus ab inteſtato agnatis deferabator, quos fiſcus excludere non auſus fuit ut ex Ulpian. *in fragm. tit.* 17. *de caducis in pr. & ex l.* 1. *§. ult. de jur. & fact. ignor. l. multum intereſt.* 21. dixi in *commentario ad tit. quando dies leg. Ced. quæſt.* 1. *n.* 8. *&* 12. & tamen etiam ex aſſe inſtitutus hæres non dum aditam hæreditatem transferre ad hæredem non poterat, ut evincunt textûs in *d. l.* 39. *§.* 3. *de admin. tutor. d. l.* 13. *§.* 3. in fin. ad Trebell. *d. l. un. §.* 5. *C. de cad. toll. d. §.* 2. *verſ. ideoque inſt. quib. mod. teſt. infir.* ergo etiam nondum adita hæreditas cujus nollum lucrum fiſcus poterat ſperare ad hæredem non tranſmittebatur. Denique ſi ex parte inſtitutus hæres poſt apertas teſtamenti tabulas ante aditionem deceſſiſſet, deficiens hæreditatis pars caduca non fiebat, caducorum etenim ſpem extra latini, cœlibis aut orbi caſus fiſcus poſt apertas demum tabulas amittebat ut colligitur ex Ulpian. *d. tit.* 17. *de caduc. in princip.* & attenta inſcriptione probat textûs in *l. qui ex duabus* 53. *§.* 1. *hoc tit.* & tamen hærede ex parte ſcripto poſt apertas tabulas ante aditionem decedente non tranſmiſſionis ſed accreſcendi juri locus erat *d. l.* 53. *§.* 1. ergo non aditæ hæreditatis pars eo etiam caſu quo caduca non fiebat, non eo magis poterat ad hæredem transferri, ac per conſequens regula quæ nondum aditæ hæreditatis tranſmiſſionem non patitur non ex caducariis legibus, ſed ex alio jure profluxit.

Sed nec verior eſt quamvis plauſibilior videatur ratio altera quam excogitarunt Donel. 7. 4
comment. cap. 4. *& ibi Oſual. littera C.* & alii plures quos refert & ſequitur D. Joſephus de Vela *diſſert.* 11. *ex n.* 12. *uſque ad* 20. qui ideo ſuccedendi ſeu adeundi jus ad hæredem tranſmitti non poſſe cenſuerunt quia perſonale eſt, hæreditas etenim propter perſonæ merita relinquitur quæ teſtatoris affectionem impellunt *l. nec adjecit* 9. *pro ſocio*, ad hæredis autem hære-

des qui penes animum & opinionem teſtatoris incerti omnino ſunt, ipſius affectio pertinere non poteſt *l. ſciendum* 20. *de verb. ſign.* ſuccedendi igitur jus cum reliquis juribus, quibus perſonæ ſeu perſonalis qualitatis conditio locum facit, quæ ad hæredem ideo non transferuntur *l. maritum* 12. *cum l. ſeq junct. l. alia* 14. §. 1. *ſolut. matrim. l. in omnibus* 68. *de reg. jur.* unam eandemque fortunam experitur, ſubjungit Philipp. Maſin *in l. emancipata* 4. *cod. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ. n.* 87. *cum tribus ſequentibus* adeundi ſeu ſuccedendi jus perſonale, ideo, & intranſmiſſibile eſt, quoniam hæreditatis aditio quæ legitimus actus eſt *l. actus* 77. *de reg. jur.* per alium exerceri non poteſt *l. per curatorem* 90. *hoc. tit.* junct. Cujac. *tit.* 1. *obſerv. cap.* 34. adeo ut nec parens nec dominus hæreditatem filio familias ſervove delatam adire poſſet aut repudiare *l. is qui hæres* 13. §. *ult. hoc. tit. l.* 3. *cod. de hæred. inſtit.* junctis quæ latè & doctè tradunt Petr. Barb. *in l. legatum* 7. *de legat.* 2. *n.* 12. *cum ſeqq.* & Bellon. *de jur. accreſ. cap.* 7. *quæſt.* 43. *ex n.* 43. ergò nec per hæredis hæredem hæreditatis aditio poterit explicari ad inſtar legatæ optionis, quæ quia inter legitimos actus recenſetur *in d. l.* 77. *de reg. jur.* ante Juſtinianum tranſmitti ad legatarii hæredes non potuit §. *optionis* 23. *inſtit. de leg. l.* 3. *in princ. C. comm. de leg.* junct. quæ dixi *ad tit. quand. dies leg. ced. cap.* 5. *n.* 12. *cum ſeq.*

5 Verior tamen ut dicebam hujuſmodi ratio non eſt tum quia legatum aut fideicommiſſum non minus quam hæreditas propter perſonæ merita relinquitur *dict. l.* 9. *pro ſocio*, quod tamen non ſolum nondum agnitum, verum nec delatum conſtat ad hæredem tranſmitti, tum quia & teſtatoris affectio circa inſtitutum hæredem in eo poſſet conſiderari, ut ſuccedendi jus ad ejus hæredem tranſitet, ut ſic inſtitutus hæres uberiorem ſeu locupletiorem hæreditatem relinqueret, nec quidquam prohiberet, ut teſtatoris affectio, quam inſtituti hæredis merita provocarunt, ad ejus hæredem ſaltem per conſequentiam extenderetur, ut videre eſt in legato, quod propter teſtatoris affectionem non quidem principaliter juxt. text. ſic intelligendum. in *l.* 1. §. *non ſolum* 3. *ut leg. nom. cav.* ſed per conſequentiam ad legatarii hæredem transfertur. ulterius nec ex eo etiam quod hæreditatis aditio legitimus actus ſit, regulæ noſtræ rationem derivari ex eo, ni ſallor, oſtenditur, quod bonorum poſſeſſionis agnitio legitimus actus non eſt, imo per alium poteſt exerceri *l.* 3. §. *acquirere* 7. *de bon. poſſeſ.* Et tamen ſi quis poſt delatam ſibi bonorum poſſeſſionem ante ejus agnitionem deceſſerit nec agnoſcendæ quidem bonorum poſſeſſionis jus ad hæredem tranſmittit *d. l.* 3. §. 7. *verſ. denique de bon. poſſeſ. l. ſi is cui* 7. *rem rat. hab. l. emancipata* 4. *C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ.* & tandem parum opportunum eſt legatæ optionis exemplum, cum videamus optionis legatum poſt Juſtinianum in *d. l.* 3. *C. comm. de legat.* & in *d.* §. 23. *inſtit. de legat.* etſi legatarius, priuſquam optaverit decedat ad ejus hæredem transferri, & tamen adhuc hodiè adeundi ſeu ſuccedendi jus ad hæredem tranſmitti non poſſe, quærenda igitur alia ratio erit quæ nec hæreditatem teſtamentariam, aut legitimam adeundi, nec agnoſcendi bonorum poſſeſſionem jus ad hæredem tranſmitti patiatur.

Ultra interpretes itaque exiſtimo veram genuinamque rationem propter quam nec hæreditatem adeundi nec agnoſcendi bonorum poſſeſſionem jus poteſt ad hæredem tranſmitti, ex 6
eo ſolum deſcendere, quod ea demum quæ defunctus in bonis habuit, ad hæredem ejus transferuntur *l. nemo plus* 120. *de reg. jur.* profecto vero adeundæ hæreditatis jus, ſeu agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis jus mera quidem acquirendi facultas eſt, in bonis autem non eſt, id namque in bonis eſſe intelligitur, quod per actionem vel exceptionem vindicari vel acquiri, vel retineri poteſt *l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. dom. l. id apud ſe* 193. *de verb. ſign.* adeundi autem jus, nec in actione aliqua, nec in exceptione, ſed in mera duntaxat facultate ſeu acquirendi occaſione conſiſtit, in bonis igitur non eſt. Aſſumptum probant textùs in *l. quod autem* 6. *in pr.* & §. *proindè* 2. *Quæ in fraud. cred. l. alienationis* 28. *in pr. verſ. qui occaſione de verb. ſign.* in quibus qui delatam ſibi hæreditatem repudiat, quia ſolam acquirendi occaſionem omittit, nec alienare nec minuere patrimonium cenſetur, quod principium illuſtrat latè cum pluribus D. Olea *de ceſſ. jur. tit.* 2. *quæſt.* 3. *per tot.* acquirendæ igitur hæreditatis facultas ſeu occaſio in bonis non eſt, hoc ipſum ſentit procul dubio Paulus *in d. l.* 63. *verſ. ſed nec hæredem ad leg. falcid.* ubi cum de ineunda hæreditariarum rerum æſtimatione diſſereret ſervum poſt teſtatoris mortem hæredem inſtitutum, non ideo pluris eſſe docuit, abſurdum namque eſſet, ut dominus qui ſi ipſe fuiſſet inſtitutus locupletior ante aditam hæreditatem non fieret, per ſervum hæredem inſtitutum locupletior ſtatim efficeretur, cum hæreditas ex aditionis ſolum tempore acquiratur, & præpoſterum omnino ſit prius aliquem locupletiorem dici, quam acquiſierit, ergo ſola adeundæ hæreditatis facultas inſtitutum hæredem locupletiorem non reddit ac proindè nec in ejus bonis eſt; firmat etiam rationem noſtram ſpecioſus textus, quem ad rem aliam explicui, & ab Antonii Fabri calumniis vindicavi in Academica ad *tit. C. de collat. cap.* 2. *n.* 6. cum tribus ſequentib. in *l.* 1. §. *ſi impuberi* 21. *de collat bon.* ubi dubitat Ulpianus an adrogatus impubes qui ab adrogatore ſine cauſa emancipatus naturali parenti per contra tabulas aut unde liberi bonorum poſſeſſionem ſuccedit, quartam ſibi debitam ex bonis adrogatoris, integri juris fratribus quibus naturalis patris bonorum partem aufert juxta edictum prætorium conferre teneatur? quæſtionem in eo eſſe ſcribit, utrum ſcilicet quartam ad hæredem poſſit transferre, & reſpondit, quod cum perſonalem habeat actionem, quartam poteſt ad hæredem tranſmittere, eamque integri juris fratribus conferre compellitur. Obſcura hæc Ulpiani ſententia exponenda ſic eſt: ea demum confert emancipatus quæ in bonis habuit, quo tempore naturalis parens deceſſit *l. ea demum* 6. *C. de collat*, ſed adrogatus impubes quo tempore naturalis pater deceſſit, quartam in bonis jam habuit, jus etenim acquirendæ quartæ non in mera facultate conſiſtit, ſed in perſonali actione, conditione ſcilicet ex lege, quæ ad ejus perſecutionem competere certum eſt ex regula textùs in *l. un. de condict. ex lege*, *juncta l. Papinianus* 8. §. *ſi quis impubes* 15. *de inoff. teſtam.* qui vero ad rem perſequen-

de condict. furt. l. ſi quis uxori 52. §. *ſi ſervus* 28. *de furtis* quod & procedere interdicto unde vi Paulus alleverat in *l. in interdicto* 6. *de vi & vi arm.* ergo amiſſa adeundæ hæreditatis facultas minuit patrimonium, ergo dum retinetur & competit non poteſt non patrimonium ipſum augere, ac proindè cum in bonis ſit ad hæredem debet tranſmitti. Cui difficultati reſpondeo ex eo quod ſervus hæres inſtitutus pluris vendi poſſit, non rectè inferri quod hoc ipſo locupletiorem dominum reddere intelligatur, prætia namque rerum ut in *d. l.* 63. *ad leg. falcid.* Paulus præfatur (qui vel de eo legum Juliæ & Papiæ capite diſſerebat, quod extat in *l. dotalem* 61. *cum quat. ſequent. ſolut. matrim.* ut tam ex illius textus inſcriptione quam ex juris ratione comperuit ex Dom. Ramos *lib.* 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 29. *num.* 1. *in fine* Dom. Joannes Suarez de Mendoza *lib.* 1. *ad leg. Aquil. cap.* 4. *ſect.* 1. *ex num.* 7. quem ſequitur D. Retes *ſub lib.* 3. *opuſ. in l. hac actio* 65. *ſolut. matrim.* vel de lege falcidia diſputabat juxta communem ſententiam, quæ vera eſſe poterit dummodo ſervus ſuperſtite adhuc teſtatore in ejus mortis caſum hæres inſtitutus ſupponatur juxta terminos legis *quod filio* 38. *in princip. de hæred. inſtit. l. ſi poſt mortem* 68. *de leg.* 1.) non ex affectione aut ſingulorum utilitate, ſed juxta communem opinionem æſtimanda ſunt, quod autem ſervus ex eo ſolum qud hæres inſtitutus ſit pluris diſtrahi poſſit, non communis opinio, ſed privati emptoris affectio, cujus ſolum in bonæ fidei judiciis ratio habetur *l. cum ſervus* 54. *junct. ibi Cujac.* 27. *quæſt. Papin. mandati*, nec ex eo etiam quod in his omnibus actionibus in quibus venit intereſſe amiſſæ hæreditatis fiat æſtimatio, ut præter jam adducta jura probant textus in *l. ſervus dotalis* 58. *ſolut. matrim.* & in *l. ſi major* 7. *C. de dolo*, evincitur deperditam adeundæ hæreditatis facultatem patrimonium minuere, in eo enim quod intereſt non modo damnum illatum, ſed & amiſſum lucrum continetur, & interruptæ utilitatis ratio habetur, *l. ſi commiſſa* 13. *rem rat. hab.* ne alioquin alteri per alterum iniqua poſſit inferri conditio contra *vulg. reg. text. in leg. non debet* 74. *de reg. jur.* ut docet Suarez ubi nuper *num.* 8. & 20. cum ergo amiſſa adeundæ hæreditatis facultas patrimonium non minuat, nec dum retinetur patrimonium augere nec ad hæredem tranſmitti dici poteſt.

9 Difficiliores profectò nexus habet ad rem adhuc non animadverſus, noviter nunc intelligendus textus in *l.* 2. *in princ. verſ. cæterum de ſtat. lib.* initio dixerat Ulpianus quod qui in die vel ſub conditione liber eſſe juſſus eſt, ex quo ſtatu liberi cauſam aprehenderit, ſivé alienetur, ſivè uſucapiatur, ſivè manùmittatur, non ideò orcini liberti ſpem amittit, imò cum ſua cauſa alienatur, uſucapitur, aut manumittitur, & quod ſtatu liberi cauſam non priùs ſervus nanciſcitur, quam vel unus ex hæredibus inſtitutis adierit hæreditatem progreditur & *dict. verſ. cæterum* concludit, quod ſi ſervus in diem vel ſub conditione liber eſſe juſſus ante aditam hæreditatem alienatus, uſucaptus aut manumiſſus ſit, ſpes ſtatutæ libertatis extinguitur, quæ tamen adita poſtea hæreditate ſui favore redintegratur, ut idem Ulpianus decidit in *l. ſtatu liberum* 9. §. *ult. eod. tit.* tum ſic, en ubi hæres inſtitutus priùs quam hæreditatem adierit, hæreditarium ſervum poteſt alienare, *l. manumittere l. traditio* 20. *de acquir. rer. dom. l.* 1. & *per tot. tit. C. de his qui à non dom. man. ſunt*, ergo hæres inſtitutus etiam antè aditionem hæreditariarum rerum dominus eſt, ſed hæreditariarum rerum dominium acquirere non antè poteſt, quam hæreditatem ipſam, quæ hæreditarias res complectitur, acquiſierit, ergo etiam antè aditionem deceſſerit, non modo jus ſuccedendi, verum & ipſam hæreditatem ut potè jam acquiſitam, & in bonis exiſtentem poterit ad hæredem tranſmittere. In re difficili, quam nullum ex Interpretibus quos evolvere licuit, attigiſſe ſcio, certi juris eſſe conſtituo, hæredem inſtitutum, antequam hæreditatem adierit, hæreditariatum rerum dominium non nanciſci *d. l.* 23. *de acquir. poſſeſſ.* Nec contrarium in *d. l.* 2. Ulpianus docet cujus ſententiam de hæreditario ſervo ab hærede inſtituto antè aditionem alienato vel manumiſſo intelligi non poſſe, ſic probo. Ulpianus caſum ponit, quo ſervus hæreditarius antè aditam hæreditatem alienatus aut manumiſſus fuit, ſed implicat quod hæreditarius ſervus ab hærede inſtituto alienatus fuerit aut manumiſſus, & quod antè aditam hæreditatem alienatus aut manumiſſus dici poſſit, ergo de hæreditario ſervo ab hærede antè aditionem alienato vel manumiſſo accipi Ulpiani ſententia non poteſt. Minor probatur: hoc ipſo quod inſtitutus hæres hæreditarium ſervum diſtrahit vel manumittit, pro hærede gerere, & hæreditatem acquirere cenſetur, expreſſi ſunt textus in *l. Julianus* 42. §. *ſi ſervum* 2. *l. Pannonius* 86. §. *ult. hoc tit.* quia alienatio & manumiſſio actus dominii ſunt, qui verò actum aliquem dominii circa res hæreditarias exercet, hoc ipſo pro hærede gerit, & hæreditatem acquirit, *l. pro hærede* 20. *in princip.* & §. 1. *hoc tit.* §. *ult. inſtit. de hæred. qualit.* ergò cum alienationis aut manumiſſionis actus pro hærede geſtionem inducat, implicat omninò, quod hæreditarius ſervus ab hærede inſtituto alienatus fuerit aut manumiſſus, & quod antè acquiſitam hæreditatem alienatus aut manumiſſus dici poſſit, quin imò juris cenſura pro hærede geſtio, & quæ ex ea inducitur, hæreditatis acquiſitio alienationis aut manumiſſionis actum præcedunt, ut ſic ſervus ab hærede jam domino utiliter alienatus aut manumiſſus inveniatur,

Nec aliud ſuadet textus in *l.* 1. *C. de jur.* 10 *deliber.* ubi ideò emancipata filia non ex eo quod paternum ſervum diſtraxerit, vel manumiſerit hæreditariis adſtringitur oneribus, quia non civili jure ad hæreditatem, ſed à Prætore ad bonorum poſſeſſionem vocatur, cujus agnitio apud Prætorem ſolum in urbe & Præſidem in Provinciis ſolemniter expediebatur, *l.* 2. §. 1. & 2. *quis ord. in bon. poſſeſſ. ſerv. l.* 1. *C. comm. de ſucceſ.* Poſt Conſtantinam verò in *l. ult. eod. qui admitti ad bon. poſſeſſ. &c.* qualicumque voluntatis teſtificatione apud quemlibet magiſtratum interpoſita debet expediri, undè cum nullo jure ſimplex voluntas ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem ſufficiat, niſi magiſtratus accedat autoritas, ſimplex alienationis aut manumiſſionis actus, quamvis pro

hærede geſtionem, & quæ nuda voluntate poteſt acquiri, hæreditatis acquiſitionem indueat, inducere tamen bonorum poſſeſſionis agnitionem non poteſt, ut traduut Donel. in *d. l.* 1. *cod. de jur. delib.* & *lib.* 7. *comm. cap.* 8. & *ibi* Oſſuald. *littera N. meliùs quam Cujacius ad rubr. C. de jur. delib.* Difficilior videri poteſt ignoius ad rem textus in *l. mulier* 20. *§.* r. *de condit. inſtit.* pro cujus ſolutione dicendum eſt, ideò in ejus ſerie ex hæreditarii ſervi manumiſſione ab hærede peracta pro hærede geſtionem non induci, quia cum ſub eâ conditione fuiſſet inſtitutus, ſi hæreditarium ſervum manumiſiſſet, antè ejus implementum nec hæreditatem adire, nec magis pro hærede gerere potuit *l. is qui hæres* 13. *in princip. hoc tit.* dum itaque hæreditarium ſervum quamvis inutiliter ex defectu dominii manumiſit, conditionem quidem utiliter adimplevit, ut potè de facto adimpleri ſat eſt, *l. qui hæredi* 44. 55. *de cond. & demonſt.* ui ad rem advertit omninò conſulendus Reres *lib.* 5. *opuſc. cap.* 6. *num.* 20. nec tamen ex eo pro hærede geſſiſſe dici poteſt, imò adhuc poſt impletam conditionem non aliter quam adeundo, vel pro hærede gerendo hæreditatem acquirit, ut probant textus in *l.* r. *§. de condit. cauſa dat. l. ei qui* 13. *l. ſi pupillus* 26. *de cond. & inſtit. l. conditionibus* 5. *de cond. & demonſtr.* pro quorum conciliatione cum *l. antiſtius* 62. *in princip. hoc tit.* & *l. jam dubitari* 86. *§.* 1. *de hæred. inſtit.* videndus in hac re ſanè ſubtiliſſimus Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 3. *cap.* 2. *ex num.* 2. at purè inſtitutus hæres, qui hæreditarium ſervum diſtrahit, vel manumittit, hoc ipſo pro hærede gerit, & hæreditatem acquirit *d. l.* 44. *§.* 2. *d. l.* 86. *§. ult. hoc tit.*

11 Cum ergo de hæreditario ſervo ab hærede antè aditam hæreditattem alienato vel manumiſſo, accipi Ulpiani ſententia non poſſit in *d. l.* 2. *in princip. verſ. cæterum de ſtat. lib.* tota ejus textus difficultas in aſſignanda ſpecie conſiſtit quam duplici via effugi poſſe credebam, & ut primam demonſtrem ſuppono, quod etſi propriè & rigoroſè ſtatu liber is ſolus dicatur qui teſtamento in diem vel ſub conditione directè liber eſſe juſſus eſt, is tamen cui in diem vel ſub conditione fideicommiſſaria libertas relinquitur, ſtatu liberi locum obtinet *l. generaliter* 24. *§. ult. l. non tantum* 51. *§. cui per fideicommiſſum* 3. *de fideicomm. libert. junct.* Cujac. *lib.* 2. *quæſt. Papin. in l. ſtatu liberorum* 33. *de ſtat. lib.* qua ſuppoſitione facta, ſpecies textus in *d. l.* 2. *verſ. cæterum hæc eſt*: teſtator hæredis ſervo in diem, vel ſub conditione fideicommiſſariam [quam relinquere ſolum potuit *l. ſervo* 9. *C. de fideicomm. libert.*] libertatem reliquit; inſtitutus hæres antè aditionem ſervum proprium alienavit, vel manumiſit, & cum de fideicommiſſariæ libertatis exitu quæreretur, Ulpianus reſpondit quod quia ſervus antè aditam hæreditatem ſtatu liberi locum obtinere non potuit, ſtricto quidem jure ſemel alienatus aut manumiſſus ſpem ſtatutæ fideicommiſſariæ libertatis amiſit, quæ tamen ſui favore adita poſtmodum hæreditate inſtauratur *d. l.* 9. *§. ult. de ſtat. libert.* cujus inſtaurationis ſeu redintegrationis effectus, caſu quo ſervus fuerit alienatus, & adita poſtea hæreditate dies venerit, aut conditio extiterit; perſpicuè idem Ulpianus demonſtrat in *dict. l.* 24. *§. ult. de fideicomm. libert.* at ſi ſervus antè aditionem fuerit ab hærede manumiſſus, quiſnam aditione ſecuta & die veniente aut conditione exiſtente inſtaurationis exitus erit, non æquè expeditum eſt, cum enim ſervus ab hærede, eodemque domino manumiſſus, Quiritariam & ſic pleniſſimam libertatem fuerit adeptus, ampliùs liber ex teſtamento fieri non poteſt *l.* 2. *cod. de vindict. libert.* argum. textus in *l.* 3. *§. ex pluribus* 4. *verſ. nec enim de acquir. poſſeſſ. §. ſed ſi rem* 10. *inſtit. de legat. §. ſic itaque diſcretis* 14. *inſtit. de action.* ſed tamen ille meo quidem judicio inſtaurationis exitus erit, ut ex quo adita hæreditas fuerit, & dies venerit, aut conditio extiterit perindè libertus habeatur, ac ſi ab hærede non gratuitam, ſed ex cauſa fideicommiſſi debitam ſibi libertatem accepiſſet argumento textus in *l.* 3. *§. qui fideicommiſſariam* 3. *junct. l. ſi ſervo* 84. *de hæred. inſtit. l. ſi ſervum* 71. *§.* 1. *in fine hoc tit.* & ſic jura patronatus in eo experiatur leviora, ut nec operas hæredi præſtare teneatur, *l.* 7. *§. reſcriptum* 4. *l. ſi quis* 13. *§.* 1. *l. campanus* 47. *de oper. libert. l. qui ex cauſa* 19. *de bonis libert.* melior textus qui in terminis ferè loquitur in *l. mater* 5. *C. de oper. libert.* nec ut ingratus poſſit ab hærede in ſervitutem revocari *l.* 1. *cod. de libert. & eor. lib.* pro cujus conciliatione cum *l.* 3. *de obſeq. parent. & patr. præſt.* adeundus Amaya 2. *obſerv. cap.* 6. *num.* 33. *cum tribus ſequentibus*, & denique ut ſi liberta fuerit & hæredi eidemque patrono nupta eo etiam invito divertere & alii nubere poſſit *l. proximè* 50. *de rit. nupt. l. patrono* 10. *de divortiis.*

Si dicas Ulpianum in *d. l.* 2. *de ſtat. liber.* 12
de eo ſolum initio diſſerere qui in diem vel ſub conditione directè liber eſſe juſſus eſt, idque ex eo dignoſci, quod cum ſive alienatum, ſive uſucaptum, ſive manumiſſum orcini liberti ſpem non amittere ſcribit, quod illi ſoli congruit qui directè liber eſſe juſſus eſt, *§. libertas* 2. *inſtit. de ſing. reb. per fideicomm. rel.* ac proindè in *d. verſ. cæterum*, in quo continuata tractatione ſpeciem eandem proſequitur, non in fideicommiſſariæ ſed in directæ libertatis terminis exaudiri oportere; reſponderi non improbabiliter poſſet, Ulpianum initio quidem de eo dumtaxat cui in diem, vel ſub conditione directa libertas relicta eſt, diſputare, ſed in prædicto verſiculo cœterum caſum mutare & de fideicommiſſaria libertate diſſerere, nam licèt nihil debeamus temerè comminiſci ſupplenda tamen ſunt interdum quæ in legibus ſcripta non ſunt, ut eum judicio ad rem aliam aiebat Cujac. *lib.* 3. *quæſt. Papin. in l. ſi filius qui patri* 12. *de vulgari.* & cum verſiculus ille accipi de directa libertate non poſſit ex dictis *num.* 9. neceſſaria juris ratio ut ad fideicommiſſariam referatur expoſcit. Nec continuata Ulpiani ſententia huic interpretationi reſiſtit quippè cum is etiam cui in diem vel ſub conditione fideicommiſſaria libertas relinquitur ſtatu liberi jure cenſeatur *d. l.* 51. *§.* 1. *de fideicomm. libert.* incongruum ſanè non eſt Ulpianum poſtquam de eo egerat qui directè liber eſſe juſſus eſt de fideicommiſſaria libertate tractare, vel dici, & meliùs forſan, poſſet, quod licèt Ulpianus initio textus de eo ſolum diſputaſſet, qui directè liber

Digitized by Google

eſſe juſſus eſt, in *verſiculo ſed ſi ſtatu liberi* de fideicommiſſaria non minùs quam de directa libertate pertractar, quod enim ſcribit ſtatuliberi cauſam non peiùs ſervom nanciſci quam vel unus ex hæredibus adierit hæreditatem, non minùs ad eum ſpectat cui per fideicommiſſum relicta libertas eſt, quam ad eum qui directè liber eſſe juſſus eſt, ſimiliter ergò quod in *d. verſ. cæterum* ſubjungit alienationem uſucapionem aut manumiſſionem antè aditam hæreditatem contingentem ſpem ſtatutæ libertatis infringere ad utramque pertinet libertatem; ita tamen ut uſucapionis caſus tam ad hæreditarium quam ad hæredis ſervum nec ad directam minùs quam ad fideicommiſſariam referatur libertatem, cum evenire facilè poſſit, ut hæreditarius etiam ſervus antè aditam hæreditatem uſucapiatur, expreſſi textus in *l. ſed etſi* 55. §. 1. *verſ. ſic denique de fideic. libert. d. l.* 9. §. *ult. de ſtat. lib.* alienationis vero & manumiſſionis caſus, qui ad hæreditarium ſervum referri non poſſe videntur ex ſupradictis, ad proprium hæredis ſervum, eidemque relictæ fideicommiſſariæ libertatis terminos reſtringuntur.

13 Sed quamvis quæ huc uſque diximus & Ulpiani litteræ & juris rationi ſint conſona, quia alicui forſan plus juſto ſuperſtitioſo, ex eo minùs placebunt, quod non unam eandemque aſſumptam directæ libertatis ſeriem conſultum retinuiſſe ſupponant; alterâ adhuc via integram deciſionem textus in *d. l.* 2. *in princ. de ſtatu lib.* io terminis directæ dumtaxat libertatis procedere, & tam manumiſſionis quam alienationis caſum antè aditam hæreditatem ad hæreditarium ſervum referri poſſe cenſebam, & ut congruam ſpeciem aſſignem ſuppono quod pecúlium ſervo conceſſum per domini mortem non extinguitur, imò & dum jacet hæreditas perſeverat, *l. juſto errore* 44. §. *nondum* 3. *l. præſcriptio* 45. §. 1. *de uſucap. l. ſive autem* 9. §. *ult. cum l. ſeq. de public. l.* 3. *in princ.* & §. 1. *de pecul.* & ſimiliter libera peculii adminiſtratio, quæ tamdiu durat, quamdiu revocata non fuerit, non ex eo finitur quod dominus deceſſerit, imò & dum jacet hæreditas permanet, ut diſputat Anton. Faber *in rational. ad text. in l.* 7. §. 1. *de pecul.* & quod ſervus cui dominus liberam peculii adminiſtrationem conceſſerit, poteſt res peculiares alienare *l. ſi quis* 41. §. *ult. de rei vind. l. ſi convenerit* 18. §. *ult. de pign. act.* textus ſic intelligendus in *l. ſi ſervus* 34. *de uſucap.* & conciliandus cum *l. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. pot. eſt.* junct. Ant. Fab. *in Pap. tit.* 12. *Quib. mod. juſ. pat. poteſt. ſolv. prin.* 8. *illat.* 26. & *Aſſim. ad rubric. cod. de uſucap. pro empt. num.* 177. *tit.* 12. *cum duobus ſequentib.* Quibus breviter animadverſis hypotheſim ſic figurandam arbitrabar: Dominus qui ordinario ſervo liberam peculii adminiſtrationem conceſſerat, vicario ſervo in ordinarii peculio exiſtenti, in diem vel ſub conditione directam libertatem reliquit, ordinarius ſervus jacente hæreditate liberam exercens adminiſtrationem vicarium jure alienavit, & cum de libertatis exitu quæſtio eſſer Ulpianus decidit, quod quia antè aditam hæreditatem vicarius fuit alienatus, quo tempore nondum ſtatuliberi cauſam aprehenderat, ſtricto jure inſpecto ſpem ſtatutæ libertatis amiſit. Quod verò ſubjungit idem dicendum eſſe, ſi ſervus antè aditam hæreditatem manumiſſus ſit, intelligi de vicario ſervo non poteſt, nec enim ordinarius etſi maximè libera peculii adminiſtratione fungatur, peculiarem ſervum jure manumittit, cum manumiſſio ad inſtar donationis peculii potiùs diſſipationem quam adminiſtrationem contineat, *l. contra* 28. §. *ult. de pact. junct. l. ult. de curat. furioſ. l. ſervus* 13. *de manum. l. filiusfamilias* 7. *in princ. de donat.* intelligendom igitur erit de vicario ſervo, vel ab eo in cujus dominium per alienationem ab ordinario factam pervenerit, vel ab altero qui eum uſuceperit manumiſſo, quibus caſibus ſtricto jure extincta ſtatutæ libertatis ſpes eo juris effectu adita poſtea hæreditate inſtauratur, ut ex qoo dies venerit, vel conditio extiterit Quiritiariam ex teſtamento libertatem nanciſcatur, & orcinus libertus conſtituatur ſi priſci juris obſervationem inſpicimus, juxta quam vicarius ſervus in diem vel ſub conditione liber eſſe juſſus, ſivè ab eo qui ex alienationis ab ordinario factæ cauſa ejus dominium acquiſiiſſet, ſivè ab altero qui eum uſuceperit manumiſſus, ad inſtar ſtatuliberi ab hærede manumiſſi, latinam ſolum libertatem conſequebatur, *l. un.* §. *ſed etſi ſub conditione* 7. *C. de lat. libert. toll.* junctis quæ dixi *ad tit. quand. dies leg. ced. cap.* 2. *num.* 14. at poſt novam Juſtiniani ſanctionem in *d.* §. 7. quamvis pleniſſimam ſtatim adipiſcatur libertatem, poſt diem venientem, aut conditionem exiſtentem perinde orcinus libertus conſtituitur, ac ſi manumiſſus ante non fuiſſet, ſed ex teſtamento directam libertatem accepiſſet.

Jam vero ut regiam rectamque viam noſtræ diſputationis proſequamur, ex hacterius fundata ratione, propter quam hæredem ante aditionem decedentem, nec hæreditatem, nec magis jus ſuccedendi, aut adeundi ad hæredem tranſmittere poſſe aſſeruimus, evidenter infertur regulam noſtram tam in legitima quam in teſtamentaria hæreditate procedere, & ut de teſtamentaria prius, mox de legitima hæreditate tractemus. Certi juris eſt quod ſive inſtitutus ſive vulgariter ſubſtitutus hæres, vel ſuperſtite adhuc teſtatore, vel poſt delatam ex inſtitutionis, vel ſubſtitutionis cauſa hæreditatem ante aditionem deceſſerit, nec nondum aditam hæreditatem, nec magis adeundi jus poteſt ad hæredem tranſmittere *l. qui plures* 23. *l. Lucius* 45. §. 1. *de vulg. l. coties* 81. *hoc tit. l. ſi ex pluribus* 9. *verſ. alia cauſa de ſuis & legit. hæred.* quod & in pupillari ſubſtitutiooe ſervatur; ſi etenim pupillaris ſubſtitutus ante aditam impuberis hæreditatem deceſſerit, jus ex ſubſtitutione ſuccedendi ad hæredem non transfertur *l. qui liberis* 8. §. *ult. l. ſed ſi plures* 10. *in princ. l. qui habebat* 47. *de vulg.* ſuccedendi quippe jus, ſive ex inſtitutionis ſive ex ſubſtitutionis vulgatis aut pupillaris cauſa deferatur, in bonis non eſt, ſed in ſimplici acquirendæ hæreditatis occaſione conſiſtit per quam patrimonium non augeri jam vidimus. Duplex tamen occurrit difficultas; 1. *ex textu in l. ſubſtitutio* 42. *de acquir. rer. dom.* ubi ſcribit Paulus quod ſubſtitutio quæ nondum competit extra bona noſtra eſt, ergo quæ jam competit ſubſtitutio in bonis eſt, ſed tunc competit cum defertur, ergo ex quo defertur in bonis jam eſt, ac per conſequens etiam ante aditionem ad hæredem transfertur. Secunda

Digitized by Google

ex textu in *l. 2. §. illud 2. de hæred. vel act. vend.* ubi cum à patre ſcriptus hæres & impuberi filio ſubſtitutus paternam vendidiſſet hæreditatem, & quæreretur an id quod ex impuberis hæreditate ad venditorem perveniſſet in ex empto actionem veniret, reſpondit Ulpianus quod cum diverſæ ſint hæreditates, id quod ad venditorem perveniſſet ex impuberis hæreditate, reſtituendum emptori non eſt, niſi forſan id actum ſit ut impuberis etiam hæreditas in venditionem veniret, maximè ſi jam delata impuberis hæreditate, paterna venierit hæreditas, ergo impuberis hæreditas ex cauſa pupillaris ſubſtitutionis delata diſtrahi poteſt, ac per conſequens ſemel competens pupillaris ſubſtitutionis jus in bonis jam eſt, & ante aditionem poteſt ad hæredem transferri.

15 Neutra tamen ex his difficultatibus præjactum principium offendit, quarum primæ reſponderi cum Accurſio poteſt quod ſcribit Paulus *in d. l. 42. de acq. rer. dom.* ſubſtitutionem quæ nondum competit extra bona noſtra eſſe, de ſubſtitutione intelligendum eſſe, quæ nondum cum effectu competit, id eſt ex cujus cauſa adita hæreditas nondum eſt, quæ tanquam in bonis nondum exiſtens ad hæredem transferri non debet, vel dici etiam poteſt præeuntibus Cujac. *lib. 11. Pauli ad edict. in d. l. 42.* & Giphan. *in lectura altorph. ad eund. text.* eò Pauli ſententiam pertinere ut quæ nondum competit, ideſt nondum delata ſubſtitutio, quia extra bona noſtra eſt, ad hæredem tranſmitti non poſſit, nec tamen ex eo rectè inferri ſemel delatam ſubſtitutionem in bonis jam eſſe, & antè aditionem ad hæredem transferri, cum ſuperius fundata juris ratio tam delatæ quam nondum delatæ hæreditatis antè aditionem tranſmiſſionem impediat, & argumentum à contrario ſenſu, quoties ex eo abſurdum in jure ſequitur, nullius eſſe ponderis nullus ignoret. Accedit quod Paulus ipſe in *d. l. 45. §. 1.* de vulgar. ſcriptum reliquit, quod ſi ſubſtitutus antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis, & ſic antè delatam ſibi hæreditatem ex cauſa ſubſtitutionis deceſſerit, ad hæredem non transfert ſubſtitutionem, nec tamen ideo ſenſit quod ſi ſubſtitutus poſt venientem ſubſtitutionis caſum decederet, ad hæredem ſubſtitutionem transferret, cujus contrarium ſecundum juris principia procedere conſultus non ignorabat. Secundæ difficultati reſpondendum eſt, verum quidem eſſe hæreditatem ſive ex inſtitutionis ſive ex vulgaris aut pupillaris ſubſtitutionis cauſa delatam diſtrahi poſſe, etiamſi adita nondum ſit, nec tamen ex eo deduci nondum aditam hæreditatem ex delationis tempore in bonis jam eſſe, rei prorſus alienæ exemplum ſatis oſtendere, cujus venditio jure ſubſiſtit quamvis in bonis non ſit *l. rem alienam 28. de contrah. empt.* ut acutè prævidit Anton. Fab. *in rat. ad. text. dict. l. 2. §. 2. de hæred. vel act. vend. circa fin.* ſtat igitur optimè quod nondum adita hæreditas nec in bonis ſit, nec in hæredem tranſmittatur, & tamen poſſit in emptionis & venditionis contractum venire, ex his quæ cum pluribus tradit D. Olea *de ceſſ. jur. tit 3. quæſt. 10. per tot.* Nec tamen *ex dict. l. 2. §. 2.* credat aliquis quod mortuo patre licet ſuperſtite adhuc impubere poteſt pupillaris hæreditas diſtrahi, prout ejus textus auctoritate deceptus fruſtra perſuadere conatur Anton. Gomez. *in l. 22. taur. n. 16.* verius namque eſt, quod licet parens deceſſerit, dum ſuperſtes impubes eſt, pupillaris hæreditas non jure diſtrahitur, cum ſine re quæ veneat, intelligi contractus emptionis & venditionis non poſſit *l. nec emptoris 8. de contrah. empt. l. cum hæreditatem 7. de hæred. vel act. vend.* ſuperſtitis autem non ſit hæreditas *l. 1. eod. l. neminem 27. l. qui ſuperſtitis 94. hoc tit.* nec magis hæreditatis ſpes vendita dici poteſt, cum improbatæ ſint jure noſtro pactiones quælibet ſuper viventis hæreditate, ut potè quæ votum captandæ mortis inducunt. *l. ult. c. de pact. l. 3. C. de collat. l. 4. C. de inutil. ſtipul.* ut ad rem animadvertit Petrus Barboſ. *in l. 2. §. interdum de vulg. n. 25.* nec contrarium probat textus in *d. l. 2. §. 2.* nam ut in ejus ration. docuit Ant. Fab. melius quam Alciatus & Menchaca quibus ſubſcribit Barboſa ubi nupèr *num. 28.* dictio illa *maximè* non ampliativè accipienda eſt, ut contrarium quoque non delatæ hæreditatis caſum contineat, ſed reſtrictivè pro *ſcilicet* ita ut ad delatæ jam hæreditatis terminos deciſionem reſtringat, prout & accipitur in *l. ult. §. 1. C. de teſtam. manum.*

Ex eadem ratione ſi extraneus hæres ab inteſtato ad legitimam ſucceſſionem vocatus, priuſquam adierit, vel pro hærede geſſerit, vita deceſſerit, nec hæreditatem nec ſuccedendi jus ad hæredem tranſmittit *dict. l. 1. §. 1. verſ. unde tractari ad Tertyll. d. l. 9. in princ. de ſuis & legit. hæred. Ulpian. in fragm. dict. tit. 26. de legit hæred. §. ſi plures 4. Paulus ad lib. 4. ſentent. tit. 8. de inteſtat ſucceſſ. §. in hæreditate 3. dict. l. 2. C. ad orfician. dict. l. 1. circa fin. Cod. Theod. de legit. hæred. dict. §. placebat inſtit. de leg. agnat. ſucceſſ. dict. §. ult. inſtit. de S. C. orfician.* ſed dices filius maternam hæreditatem ad quam ex S. C. orficiano ab inteſtato vocatur etiam ante aditionem ad hæredem tranſmittit, ut ſuaderi videtur tum ex eo quod matri non minus quam Patri in cujus fuerit poteſtate, ipſo jure ſuccedere dicitur in *l. ſi matre 11. C. de ſuis & legit. hæred.* ipſo autem jure ſuccedere nihil eſt aliud, quam abſque ulla aditione aut pro hærede geſtione hæredem exiſtere, quod in ſuis duntaxat verificatur *§. ſui autem 3. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferuntur*, tum ex eo quod licet impubes, ſit, ſi fari poſſit per ſe id eſt ſine tutoris autoritate matri hæres exiſtere dicitur *in l. 1. C. ad Tertyll.* quod ſuorum hæredum proprium eſſe conſtat *ex dict. §. 3. junc. l. obligari 9. §. 4. de aut. tut.* Sed ſuus hæres etiam ignorans ad quemcumque ſucceſſorem hæreditatem tranſmittit ut *ſeq. cap.* dicemus & interim probat textus in *l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit. hæred.* ergo & filius qui matri ab inteſtato quaſi ſuus hæres ſuccedit, non aditam hæreditatem poterit ad hæredem transferre, ac per conſequens legitima hæreditas etiam ante aditionem ad hæredem tranſmittitur. Dicendum tamen adhuc eſt, filium qui non tamquam ſuus ſed tanquam extraneus hæres ad legitimam matris hæreditatem vocatur ex regula textus in *l. nulla fœmina 13. de ſuis & legit. hæred.* jus ſuccedendi antè aditionem tranſmittere ad hæredem non poſſe ex dictis juribus, quibus nec expenſi nuper textus refragantur, quod enim filius *in dict. l. 11. C. de ſuis & legit.* matri non minus quam patri ſuccedere dicitur ipſo jure, non eo pertinet ut ſuitatis jure maternam non

minus

minus quam paternam hæreditatem acquitat, ſed ut quemadmodum abſque ullo prætoris beneficio jure civili ſuus hæres parenti exiſtit, ſic & matri, quin unde cognati bonorum poſſeſſionem petat, qua olim indigebat *princ. inſtit. de S. C. Tertyllian.* ipſo jure, ideſt, civili jure, ſeu quod idem eſt ex S. C. orphitian. ſuccedere, & citra bonorum poſſeſſionem poſſit adeundo vel pro hærede gerendo hæreditatem acquitere ut ſignanter expreſſum eſt *in l. 3. C. ad S. C. orphit.* ut ad eundem titulum Cujacius obſervavit, ſed & quod impubes filius, dummodo fari poſſit per ſe matri ab inteſtato hæres exiſtere dicitur *in dict. l. C. ad Tertyll.* accipiendum ſic eſt, ut impubes filius ſi fari poſſit, ad infantis differentiam per ſe poſſit, interveniente tamen tutoris auctoritate maternam hæreditatem acquirere juxta generalem regulam textus *in l. pupillus 9. hoc tit.* quemadmodum & *in l. qui duos 42. de vulg. l. qui duos 9. in princ. verſ. dixi ſi ordine de reb. dub. leg. pat. §. ult. ad leg. falcid.* in quibus impubes frater impuberi mortuo fratri legitimus hæres extitiſſe proponitur ſupponendum neceſſario eſt, tutore auctore aditam paternam hæreditatem fuiſſe, ut ſic poſſit ad ſubſtitutum noviſſimo decedenti datum tranſmitti, ut ex Coſta Donell. Barboſ. & D. Retes latius dicebam *in Academ. de pupill. ſubſtit. cap. 3. n. 20.*

17 Sed & expendi adhuc poſſunt difficiles textus *in l. cum pubere 22. & in l. ſi mulier 23. de reb. dub.* in quibus ſi mater cum filio ſimul ſubito aliquo caſu perierit, ſi quidem pubes jam filius fuerit, matri ſupervixiſſe præſumitur, at ſi impubes adhuc fuerit prior deceſſiſſe intelligitur, tunc ſic ſi neque filius nondum aditam maternam hæreditatem, nec mater quæ nondum adiiſſet legitimam filii hæreditatem, poſſet ad hæredem transferre, utroque ſane caſu inanis & ſine ullo juris effectu superviventiæ præſumptio eſſet, cum per rerum naturam nec mater filii, nec filius matris adire hæreditatem potuerit, ne ergo dicamus fruſtra jus noſtrum duobus his caſibus ſuperviventiæ præſumptionem induxiſſe, fatendum neceſſario eſt, quod filius nondum aditam maternam hæreditatem, & mater legitimam filii hæreditatem ante aditionem ad hæredem tranſmittit. Creſcit difficultas ex eo quod ubi pater cum pubere ſimul filio eodem caſu decedit filius patri ſupervixiſſe præſumitur, ejuſque præſumptionis effectus ille eſt ut filius, qui momento ſupervixiſſe creditur, eodem inſtanti ſuus hæres exiſtat & paternam hæreditatem ad hæredem tranſmittat *dict. l. 9. §. 1. & ult. de reb. dub.* cum igitur in dictis *legibus 22. & 23. eod. tit.* eadem ſuperviventiæ præſumptio, vel circa filium reſpectu matris, vel circa matrem reſpectu filii verſetur, eundem etiam inſtantaneæ acquiſitionis hæreditatis, ejuſque tranſmiſſionis effectū debet producere. Difficultatem cum antiquioribus nonnullis agnovit ſubtiliſſimus Coſta *in d. l. 9. §. cum in bello in verbo pater n. 5. & 7.* quorum omiſſa ſolutione quam inferius impugnabimus reſpondendum breviter eſt, ſuperviventiæ præſumptionem in prædictis juribus inſtantaneæ quidem acquiſitionis hæreditatis ejuſque tranſmiſſionis effectum non producere, nec tamen ideo inutilem prorſus eſſe, imo utiles effectus continere, quorum unum (ne extra rem noſtram divagemur) *ex Papin. in l. inter ſocerum 26. in princ. de pact. dot.* alterum ex propria obſervatione aſſignavit videndus omnino D. Retes 7. *opuſc. cap. 5. n. 42. cum ſeq. & n. 46. cum tribus ſequent.*

Alium etiam effectum præfatæ ſuperviventiæ 18 præſumptionem quoad legem Papiam producere ſub doctiorum cenſura crediderim, quo pertinere textum *in d. l. 23. de rebus dub.* ejus perſuadet inſcriptio, quæ talis eſt: *Gaius lib. 5. ad leg. Jul. & Pap.* ſciendum itaque eſt lege papia cautum olim fuiſſe, ut ſi quidem liberta ſuperſtites quatuor liberos reliquiſſet, virilis pars patrono in ejus ſucceſſione deberetur ut Ulpian. teſtatur *in fragm. tit. ult. de bon. libert. §. licet 2. verſ. & cum intulerit* quamvis poſt S. C. orphitianum vel unicus libertæ filius Patrono præferatur, vel ex eodem Ulpiano ſic ſecum conciliando colligitur in *l. 1. §. ſi nemo 9. in fin. ad Tertyll.* quam rem eleganter pertractat illuſtriſſimus Ramos. *lib. 4. ad l. Jul. & pap. reliq. 13. n. 3. & 5.* in eo igitur *in dict. l. 23.* meo quidem judicio quæſtio erat, ſi liberta quæ quatuor liberos habebat, cum aliquo ex eis naufragio periiſſet, an integram hæreditatem, an vero virilem duntaxat portionem poſſit patronus ex lege papia vindicare? cujus quæſtionis reſolutio ex eo pendet an mater filio an filius matri ſupervixiſſe credatur? nam ſi mater filio ſupervixiſſe præſumitur, prout contingit ubi filius impubes fuit, cum non quatuor ſed tres duntaxat filios ſuperſtites reliquiſſet, integram ex l. pap. patronus hæreditatem vindicabat juxta Ulpianum *dict. tit. ult. §. 2. in princ.* at ſi filius matri ſupervixiſſe intelligitur, ut contingit ſi filius pubes jam fuit, quoniam verum erat, quod ſuperſtites quatuor liberos liberta reliquerat, virilis duntaxat pars in ejus ſucceſſione patrono debebatur, ut deficiens ejus filii portio, qui ante aditionem poſt matrem deceſſiſſe credebatur ad fratres & patronum, ut potè eodem jure ab inteſtato ſcilicet libertæ matri ſuccedentes, ex æquis partibus accreſcendi jure pertinebat. Illud præterea conjecturam noſtram fulcit, quod & de ſuperviventiæ præſumptione inter libertam ejuſque filium, qui ſubito eodem caſu deceſſiſſent, quoad effectum admittendi vel excludendi patronum Triphoninum diſputaſſe comperimus in eleganti textu *in d. l. 9. §. ſi cum filio 2. de reb. dub.* quem ſequenti capite explicabimus; conſulendi erunt interim præclariſſimi duo anteceſſores noſtri D. Retes *dict. lib. 7. opuſc. cap. 6. n. 41.* & illuſtriſſimus Ramos *dict. lib. 4. ad leg. jul. & pap. reliq. 15. n. 14. circa fin.*

Opponitur denique difficillimum & pene deſ- 19 peratum Ulpiani fragmentum *tit. 19. de domin. & acquiſ. rer. §. hæreditas 10. cum ſeq.* ait Juris Conſultus *in d. §. 10.* quod hæreditas in jure cedi poteſt vel antequam adeatur vel poſtquam adita fuerit, progreditur, *& in dict. §. antequam 11.* ſcribit quod antequam adeatur à legitimo hærede in jure cedi poteſt, poſtea quam adita ſit tam à legitimo quam ab eo qui teſtamento hæres ſcriptus eſt, tunc ſic; legitimus hæres ad teſtamentarii diſcrimen, poteſt priuſquam adierit hæreditatem in jure cedere, ergo legitima hæreditas ad teſtamentariæ differentiam, etiam nondum adita poterit ad hæredem tranſmitti, probatur conſequentia quidquid cedi poteſt & ad hæredem utique poteſt tranſmitti *l. ex plurib. 41. de admin. tut.* junctis quæ dixi ad titulum

quando dies leg. ced. cap. 1. *n.* 23. ergo legitima hæreditas quæ nondum adita in jure cedi poteſt, ante aditionem etiam poterit ad hæredem tranſmitti. Rurſus: in jure ceſſio legitimus eſt transferendi dominii modus juxta eundem Ulpian. *dict. tit.* 19. §. 1. *&* §. *in jure ceſſio* 8. ſed legitima hæreditas nondum adita recte in jure ceditur, ergo etiam ante aditionem in bonis eſt, alioquin nec cedi, nec alienari poſſet ex regula textus *in l. traditionibus* 20. *de acquir. rer. dom.* ergo & poterit ante aditionem ad hæredem tranſmitti. Fragmentum hoc quamvis ad rem noſtram non expendant, explicant *Cujac.* 18. *obſerv. cap.* 11. *& Anton. Fab. de error decis.* 70. *err.*9. *&* 10. quibus & ſubſcribit *D. Olea de ceſſ. jur. tit.* 2. *quæſt.* 3. *n.* 43. *cum ſeqq.* aſſerentes ideò legitimam hæreditatem ad teſtamentariæ diſcrimen ante aditionem in jure cedi poſſe, quia lex ſicuti legitimo hæredi defert hæreditatem, ſic & efficere potuit, ut nondum adita legitima hæreditas in jure cedi & ad alium poſſit transferri. Hæc tamen interpretatio ſi vera eſſet ſuperiorem difficultatem augeret potius quam diſſolveret, nam ſi ſola legis poteſtas nondum aditæ legitimæ hæreditatis ceſſionem & tranſlationem ſuſtineret, eadem etiam hoc ipſo legitimæ hæreditatis ante aditionem tranſmiſſionem induceret ex regula textus in *dict. l.* 42. *de admin. tut.* ſed nec felicius eruditiſſimus alioquin amicus & commagiſter noſter D. D. Petrus de Chavatti *in ſecunda doctiſſima ſuæ didaſcaliæ parte cap.* 6. *n.* 15. ad ſuos duntaxaſ hæredes ſpectare Ulpian. ſententiam exiſtimat, cum generaliter Ulpianus de legitima hæreditate pertractet, & repetita aditionis hæreditatis apud eundem mentio non niſi impropriiſſimè & abſurdè poſſit ad ſuos hæredes referri. Accedit quod Ulpiao. inter legitimam & teſtamentariam hæreditatem conſtituere diſcrimen videtur, quod nullum eſſet, ſi quod de legitima ante aditionem cedenda reſpondet, ad ſuos hæredes reſtringeretur, ſui namque cum tam ex teſtamento quam ab inteſtato ſuitatis jure fungantur, ſemper ſine aditione cedere hæreditatem poſſunt: ut ergó inter utramque hæreditatem differentia verificetur de quacumque legitima hæreditate ſive ſuis ſive extraneis hæredibus delata accipienda Ulpiani ſententia erit, hæc in re ſane difficillima apud interpretes quæ impugnarem inveni.

20 Quibus omiſſis ut genuinam Ulpiani ſententiam ſeu mentem ex antiquitatis latebris eruamus ejuſque fragmentum quod diù anxiequè nos torſiſſe fatemur, novo nunc, utili nec injucundo forſitam ſplendore illuſtremus, neceſſario præmittimus, inter jus adeundi, & hæreditatem, quoties de ceſſione tractatur, quam plurimum intereſſe, adeundi namque jus, nec à legitimo nec à teſtamentario hærede cedi poteſt, tum quia in bonis non eſt ut dixi *num.* 7. tum quia perſonæ cohæret, nec in alium poteſt transferri. Unde licet delata hæreditas ante aditionem, quo tempore io bonis non eſt diſtrahi poſſit ex dictis *num.* 15. adeundi tamen jus quia in alium transferri non poteſt emptionem & venditionem non recipit, æt ſi de nondum aditæ hæreditatis ceſſione quæratur multum refert an ei qui ceſſione non facta nullo alio jure ſuccedere proprio jure poſſet, ceſſa hæreditas proponatur. Primo caſu ſi extraneus hæres teſtamento ſcriptus aut ab inteſtato vocatus hæreditatem ei ceſſerit, qui ceſſione non facta nullo alio jure ſuccedere defuncto potuiſſet, hoc ipſo pro hærede gerere, hæreditatem acquirere, eamque ſibi acquiſitam in ceſſionarium transferre cenſetur. Argumento textus in *l. Pannonius* 86. §. *ult. hoc tit. l. ſi avia* 6. *C. de jur. delib.* quippe cum nec ceſſionarius ſuccedere proprin jure poſſit, nec extraneus hæres quam nondum ſibi acquiſierat hæreditatem, in alium transferre queat, ex ipſo ceſſionis actu in neceſſarium antecedens præambula hæreditatis inducitur acquiſitio, ita ut celeritate conjungendarum actionum una quidem acquiſitionis ſcilicet hæreditatis actio occultetur argumento textus in *l.* 3. §. *pen. de donat. inter* ſed licet intellectus ordine hæreditatis acquiſitio ejus ceſſionem præceſſiſſe credatur, ut quamvis ad praxim Scholaſtico more mitificè cum pluribus explicat ſalgado *in labyrintho credit.* 2. *part. cap.* 14. *ex num.* 29. cui & conſentit D. Olea *dict. tit.* 2. *quæſt.* 3. *ex n.* 37. quorum doctrina ex his poteſt confirmari quæ ſupra dixi *n.* 9. *circa fin.* maneat ergo quod ei qui ceſſione non facta nullo alio jure ſuccedere defuncto non poſſet, nec teſtamentaria nec legitima hæreditas ante aditionem cedi dici poteſt, quia cum ceſſio ipſa præviam pro hærede geſtionem & hæreditatis acquiſitionem neceſſario præſupponat, implicar in terminis quod hæreditas ceſſa ſit, & quod ante aditionem ſeu acquiſitionem ceſſa dicatur. Ad quam juris partem referendum exiſtimo ſingularem textum in *l. apud celſum* 4. §. *ſi cum legitima* 28. *de dol. mal. except.* ubi cum teſtamento ſcriptus hæres à proximiori defuncto agnato deceptus hæreditatem repudiaſſet, & agnatus delatam ſibi legitimam hæreditatem, ei qui ceſſione non facta ſuccedere proprio jore non poterat accepto prætio ceſſiſſet, & ceſſionario ab eo qui hæres fuit inſtitutus hæreditatem peteote de doli mali exceptione quæreretur, reſpondit Ulpianus quod ceſſionarius quia pretium pro hæreditate rependit, & oneroſam cauſam habet ex autoris ideſt cedentis perſona pati doli exceptionem non debet juxta generalem regulam ejuſdem Juriſconſulti in *dict. l.* 4. §. *de autor.* 23. *&* §. *autoris* 31. *verſ. ſufficit enim.* In qua textus ſerie illud obſervatione dignum occurrit agnatum non prius adiiſſe, deinde ceſſiſſe, ſed ſolum delatam ſibi legitimam hæreditatem extraneo utiliter ceſſiſſe proponi, ergo ex Ulpiani ſenteotia extraneo, qui proprio jure ſuccedere non poſſet, facta hæreditatis ceſſio præviam pro hærede geſtionem & acquiſitionem in cedentis perſona præſupponit.

Secundo vero caſu ſi ei ſcilicet, qui cedente 21 de medio ſublato defuncto ſuccedere proprio jure poſſet, ab extraneo hærede ante aditionem ceſſa hæreditas proponatur, ceſſionis actus, non pro hærede geſtionem, imo hæreditatis continet repudiationem, ut ecce ſi extraneus teſtamento ſcriptus hæres priuſquam adierit, cohæredi vel vulgari ſubſtituto vel proximiori defuncto agnato ceſſerit hæreditatem, non ideo pro hærede geſſiſſe, imo repudiaſſe hæreditatem cenſetur argumento textus in *l. ſi ſponſus* 5. §. *ſi maritus* 13. *de donat. inter.* idemque juris eſt ſi extraneus ad inteſtatam ſucceſſionem vocatus antequam adierit, vel cohæredi vel ſequeoti in gradu agnato ceſſerit hæreditatem: ratio hæc eſt

quod hæreditatis ceſſio ei facta qui nullo alio jure ſuccedere defuncto poſſet, præambulam pro hærede geſtionem & acquiſitionem contineat, illud efficit, quod alioquin inutilis omnino ceſſionis actus eſſet, nec enim nondum acquiſita hæreditas poſſet in ceſſionarium transferri ut *anteriori num.* vidimus, ſed ubi ei, qui cedente de medio ſublato proprio jure ſuccedere defuncto poſſet, hæreditas ceditur, efficax ceſſionis actus eſt, & ſi pro hærede geſtionem non ſupponat ſed repudiationem contineat, cum poſt cedentis repudiationem ceſſionarius proprio accreſcendi, aut ſubſtitutionis aut inteſtatæ ſucceſſionis jure defuncto ſuccedat; hoc ipſum ſic clarius explicatur, in id ſolum hæreditas ceditur, ut in ceſſionarium transferatur, ſed ut in eum qui ſuccedere proprio jure poteſt, hæreditas transferatur, prævia ex parte cedentis pro hærede geſtio non exigitur; ſed ſufficit repudiatio, quæ propriùs efficit ut ceſſionario hæreditas deferatur, ergo ei facta hæreditatis ceſſio, qui ſuccedere proprio jure poteſt, ex parte cedentis repudiationem, potius quam acquiſitionem ſupponit, ſic docent, quamvis non ſic explicent nuper laudati *ſalgedo ex num. 45. & D. Olea ex n. 45.* quorum ſententiam ſequenti nova quidem & efficaci ratione confirmo: ceſſionis actus in dubio interpretandus ſic eſt; prout utilior tam cedenti quam ceſſionario eſſe poſſit, profecto vero ſi ceſſi hæreditatis ei facta, qui ſuccedere proprio jure poteſt, pro hærede geſtionem in cedentis perſona ſupponeret, ceſſionis actus utrique noceret, cedenti quia adhuc hæreditarius oneribus adſtrictus maneret, & ceſſionario quia defuncti debitores liberarentur, ut utrumque evenire ſi hæreditas, poſtquam adita fuerit, in jure cedatur Ulpianus affirmat *in fragmen. dict. tit. 19. §. ſi antequam 12. verſ. quod ſi poſtea quam.* pro cujus explicatione videndi Anton. Faber *decade 70. err. 10. Santolaria in M. S. ad noſt. tit. cap. 1. ex n. 53. uſque ad num. 59.* at ex eo quod hæreditatis ceſſio in propoſito ex parte cedentis non pro hærede geſtionem, ſed repudiationem includat, nec cedens, ut pote qui nunquam hæres extitit hæreditariis oneribus obſtringitur, nec debitores defuncti liberantur, imo actiones omnes hæreditariæ in ceſſionarium qui proprio jure ſuccedit transferuntur ut notum eſt, & ceſſionis actus neutri nocivus, imo utrique proficuus eſſe dignoſcitur: ſic ergo debet interpretari ut ex cedentis parte repudiationem potius, quam pro hærede geſtionem contineat.

22 Quæ doctrina indiſtinctè procedit ſivè gratuito, ſivè accepto prætio, ei qui ſuccedere jure propriu poteſt hæreditas cedatur, quamvis enim cedens hæreditatis occaſione, ſeu quod idem eſt mortis cauſa prætium acceperit, *l. qui pratio 8. l. ſi mulier 12. l. mortis 31. §. ſine donatione 2. verſ. eodem numero de mort. cauſ. donat.* non ideò pro hærede geſſiſſe, imò hæreditatem repudiaſſe intelligitur argumento textùs in *l. fuit quæſtionis 24. hoc tit. l. 2. in princ. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* quamvis utroque caſu ſi quidem fraudulento conſilio hæreditatem omiſerit, in edictum *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* incidiſſe dicatur in *l. 1. §. ult. de legat. 1. in princip. & §. 1. cum duobus legibus ſequentibus ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ex quibus intelligendus eſt textus, quo tota hæc aſſertio nititur in *l. ult. §. 6. de regul. jur.* ubi ſcribit Ulpianus quod non vult hæres eſſe qui ad alium transferre voluit hæreditatem, quæ ſententia cum accipi de eâ ceſſione non poſſit, quæ ei qui ſuccedere alioquin non poſſet, facta proponatur, ut potè quæ neceſſaria juris ratione præviam ex cedentis parte pro hærede geſtionem præſupponit, referenda omninò eſt ad ceſſionem ei factam, qui ſuccedere proprio jure poſſit quæ cedentis repudiationem includit, & viam ſtruit ut ceſſionarius proprio jure ſuccedat, idque Ulpianum ſenſiſſe, illud præterea perſuadet, quod textus ille ut oſtendit inſcriptio deſumptus eſt ex *lib. 7. ad Sabinum* ſub quo de ceſſione hæreditatis ei facta, qui ſuccedere proprio jure poſſet Ulpianum diſputaſſe indicant ejuſdem autoris & inſcriptionis textus in *dict. l. 24. hoc tit.* & in *dict. l. 2. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ut ad rem obſervatunt Revard. Petrus Fab. Jacob. Gotofr. in *dict. l. de regul. jur.* eoſque ſecutus Olea *dict. num. 45.* ſi dicas cum Anton. Fab. *dict. deciſ. 70. error. 9.* quod Ulpianus in *dict. l. 6.* de eo loquitur qui in alium hæreditatem tranſtulerit, quod verificari non poteſt, ſi ei qui ſuccedere proprio jure poteſt, ceſſa hæreditas proponatur, dato, quod hæreditatis ceſſio juxtà noſtram ſententiam eo caſu ex cedentis parte includit, nec enim quam quis repudiat hæreditatem in alium transferre dici poteſt; reſpondet optimè Petrus Faber quod qui hæreditatem ei cedit, qui ſuccedere proprio jure poteſt, cum hoc ipſo hæreditatem repudiaſſe cenſeatur, ſi propriè & rigoroſè loquamur, in ceſſionarium hæreditatem non transfert, ſed tamen quia dum cedit & repudiat in cauſa eſt, ut ceſſionario proprio jure hæreditas deferatur, impropriè hæreditatem transferre dici poteſt, ſicuti & eadem loquendi ratione apud Tryphonium in celebri textu in *l. filium 20. in princ. verſ.* ſi autem omiſerit *de bon. poſſeſſ. cont. tab.* extraneus hæres dum hæreditatem repudiat, eo teſtamento exhæredatum filium ad paternam hæreditatem admittere dicitur, quia ſcilicet in cauſa eſt, ut irrita facta exhæredatione filius ab inteſtato ſuus hæres exiſtat: ſimiliter ergò quiſquis hæreditatem ei cedit qui ſuccedere proprio jure poteſt, impropriè ſaltem cedere & transferre hæreditatem dicendus erit,

Hæc quæ pro Ulpiani illuſtratione *dict. tit. 19. §. hæreditas 10. cum ſequenti*, huc uſque præmiſimus obſcuriorem reddere ejus ſententiam videntur; habemus etenim, & quidem [quod & admirationem excitat, & majorem ingerit difficultatem] ex eodem Ulpiano in *dict. l. 4. §. 28. de dol. except. l. 24. hoc tit. l. 2. in princ. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 6. de reg. jur.* quod ei, qui ceſſione ſecluſa proprio jure venire ad defuncti ſucceſſionem non poſſet, nec legitima nec teſtamentaria hæreditas, antè aditionem ceſſa dici poſſet, cum ceſſionis actus præviam hæreditatis acquiſitionem ſupponat, ei verò qui ſuccedere proprio jure poteſt, ſivè legitima, ſivè teſtamentaria hæreditas ſine aditione cedi poteſt, cum hujuſmodi ceſſio hæreditatis repudiationem includat, ergò in Ulpiani ſententia an legitima, an teſtamentaria cedatur hæreditas nihil intereſt, ſed ſolum an ceſſionarius ſuccedere proprio jure poſſit, 23

an non poſſit ſpectatur, ſibi igitur ipſi Ulpianus contradicit, dum in *dict.* §. 11. legitimam hæreditatem ad teſtamentariæ differentiam in jure cedi poſſe aſſeverat. Huic difficultati in cujus ſolutione nullum habeo quem ſequar ut ſatisfaciam contra omnium Interpretum placita dicendum arbitror, quod Ulpianus in *dict.* §. 11. inter legitimam & teſtamentariam hæreditatem differentiam quidem conſtituit, quæ tamen non in eo eſt, ut legitima etiam nondum adita, teſtamentaria verò non niſi poſt aditionem cedi poſſit, ut falsò hactenùs creditum eſt, ſed in eo potiùs ut quamvis utraque antè aditionem cedit poſſit, faciliùs tamen teſtamentaria quam legitima, quod ſic explico: Tunc ſolum hæreditas antè aditionem ceſſa dici poteſt, cum ei ceditur, qui cedente de medio ſublato ſuccedere proprio jure poteſt, profectò verò quod teſtamentaria hæreditas cedi antè aditionem ei poteſt, qui poſt ceſſionem proprio jure ſuccedat veluti vulgari ſubſtituto aut proximiori agnato plus quam manifeſtum eſt, cum ceſſio hæc repudiationem contineat, & teſtamentario hærede repudiante vulgari ſubſtituto, aut ſi is datus non fuerit proximiori agnato juxta communia juris principia deferatur; quod autem legitima hæreditas antè aditionem cedi poſſit, non æquè facilè eſt, nam licèt ſi cohærdi cedatur extra omnem controverſiæ aleam ceſſio ſubſiſtat, quia repudiationem includit, & uno ex legitimis hæredibus repudiante alteri qui adierit, ejus portionem accreſcere certum eſt, ſi tamen legitimus hæres antè aditionem ſequenti in gradu agnato ceſſerit hæreditatem, dicendum Ulpiani temporibus videbatur quod non aliter utilis ceſſionis actus eſſet, quam ſi ex parte cedentis pro hærede geſtionem ſupponeret, ac proindè legitima hæreditas ſequenti in gradu agnato ceſſa antè aditionem dici non poteſt, nam ſi ceſſionis actus repudiationem includeret, ſequens in gradu agnatus idemque ceſſionarius proprio jure ſuccedere non poſſe videbatur, cum olim in legitimis hæreditatibus ſucceſſioni locus non eſſet, id eſt proximiori agnato repudiante vel deficiente, non ideò ſequens in gradu agnatus ad inteſtatam admitteretur ſucceſſionem §. *placebat* 7. *inſtit. de legit. agnat. ſucceſ.* Qua dubitandi ratione inſuperhabita decidit Ulpianus quod non eo minùs ſequenti in gradu agnato factæ ceſſionis hæreditatis efficax actus eſt, quod repudiationem contineat, quod enim antiquitus in legitimis hæreditatibus ſucceſſio non eſſet, & unica delatione legis poteſtas conſumeretur, fuit propter fiſci compendium introductum, ut ſic faciliùs hæreditates vacarent, & ad fiſcum pertinerent, ut communiter obſervant DD. in *dict.* §. 7. ex eo autem, quod ſequenti in gradu agnato antè aditionem legitima hæreditas ceſſa intelligeretur nullum fiſco diſpendium inferebatur, nam etſi aliter poneretur jus ut ſcilicet ſequenti in gradu agnato legitima hæreditas cedi antè aditionem non poſſet, non eo magis in ejus ceſſionis terminis lucrum aliquod fiſcus poſſet ſperare, ſic enim poſito jure ceſſionis actus præviam ex parte cedentis pro hærede geſtionem ſupponeret, nec fiſco locus eſſet, meritò ergò receptum fuit, cum in ceſſionis caſu nullum fiſco præjudicium irrogaretur, ut ſequenti in gradu agnato antè aditionem cedi legitima hæreditas poſſet, & quod ceſſionis actus repudiationem potiùs includeret. & proximiori agnato per ceſſionem repudiante ſequens in gradu admitteretur, ut ſic tam cedentis quam ceſſionarii utilitatibus pleniùs conſultum eſſet, quorum intereſſe ceſſionis actum repudiationem potiùs quam pro hærede geſtionem inducere conſtat ex dictis *n.* 21. *circa finem*, & hanc integram Ulpiani ſententiam fuiſſe, ſic probo: Scripſit Juris-Conſultus in *dict.* §. 10. quod hæreditas in jure cedi poteſt, vel antequam adeatur, vel poſtquam adita ſit, hæc aſſertio generaliter prolata generaliter eſt accipienda, & ad quamcumque hæreditatem ſivè teſtamentariam, ſivè legitimam referenda ex vulg. reg. text. in *l. de pratio* 8. *de publ. in rem act.* ſed tamen quia dubitari juſtè poſſet, an generalis hæc aſſertio ad legitimam hæreditatem ſpectaret, dubitationis ſubmovendæ cauſa ſtatim ſubjunxit in *dict.* §. 11. *ſequenti*, quod à legitimo hærede antè aditionem hæreditas rectè ceditur, quod ideò de teſtamentario hærede ſignanter non expreſſit, quia illud tanquam certum, & indubitatum ſatiſque in præcedenti generali aſſertione comprehenſum, ſpecialiter admonere ſupervacuum meritò duxit. Hoc ipſum ſequens oſtendit verſiculus in quo ſubjicit, quod poſtquam adita ſit tam à legitimo quam à teſtamentario hærede hæreditas cedi poteſt, qui loquendi modus ut advertit Arnold. Vinn. in *princ. inſtit. de hæred. inſtit.* indicat quod licèt antequam poſt aditionem utraque hæreditas cedi poſſit faciliùs tamen teſtamentaria quam legitima propter nuper expenſam rationem.

Ex quibus difficultati quam ſuprà expen- 24
dimus *num.* 19. jam facilè reſpondemus ex eo quod ſivè legitima, ſivè teſtamentaria hæreditas antè aditionem cedi poſſit, non rectè deduci, quod & nondum adita poſſit ad hæredem tranſmitti, ſunt enim hæc diſſimilia; hæreditas antè aditionem ei ſolum utiliter ceditur qui ſuccedere proprio jure poſſit, & utilis ideò ceſſionis actus eſt, quia cedens repudiare cenſetur, & poſt ejus repudiationem ceſſionarius proprio jure ſuccedit, tranſmitti verò antè aditionem ad hæredem non poteſt, quia hæredis hæres nec proprio jure, nec hæreditario magis jore ſuccedere poteſt ex ſuperius dictis. Nec tunc obſtat quod quidquid quod cedi poteſt, & ad hæredem utique tranſmittitur; vulgaris etenim hæc regula deſumpta ex *dict. l.* 42. *de admin. tut.* in his dumtaxat locum habet quæ ſemel acquiſita, quia perſonæ non cohærent, per ceſſionem in extraneum rectè transferuntur, quæ ad hæredem ſimiliter tranſmittuntur, ut videre eſt in hæreditate ſivè legitima, ſivè teſtamentaria quæ per aditionem ſemel acquiſita, quia perſonæ non cohæret, ſed proprium hæredis patrimonium efficitur, ei etiam qui ſuccedere proprio jure poſſet utiliter ceditur, & ex rationis identitate ad quemcomque ſucceſſorem tranſmittitur ad eorum diſcrimen, quæ etiam ſemel acquiſita, quia perſonæ cohærent, quemadmodum in extraneum non rectè transferuntur, ſic nec ad hæredem tranſmittuntur; *l. ſi uſusfructus* 66. *l. cum in fundo* 78. *de jur. dot. l. uſufruct.* 57. *ſolut. matrim. l.* 4. *de novat.* Ul.

pian. *dict. tit.* 19. *de domin.* §. *in jure* 9. Paulus *lib.* 3. *ſentent. tit.* 6. §. *uſufruct.* 27. & §. *in jure ceſſione* 31. §. *finitur inſtit. de uſufruct.* Oſſual. *ad Donell. lib.* 10. *comment. cap.* 19. *litt. B.* Caſtill. *de uſufructu cap.* 69. *per tot.* Galvanus *eod. tract. cap.* 38. *ex num.* 9. Retes 1. *opuſc. cap.* 19. *ex num.* 8. Olea *de ceſſ. jur. tit.* 3. *quæſt.* 1. *ex num.* 8. Nec magis urget, quod in jure ceſſio inter legitimos transferendi dominii modos enumeratur, id namque tunc ſolum procedit, cum ea quæ in patrimonio exiſtunt, ceduntur, quæ omninò per ceſſionem alienantur, at ubi antè aditionem hæreditas ceditur revera alienatio non contingit, cum ceſſionis actus ex parte cedentis repudiationem includat, quamvis impropriè hæreditas tranſlationem continere dicatur, eo ſcilicèt ſenſu quem expoſui *num.* 22. à ceſſione igitur nondum aditæ hæreditatis ad ejuſdem tranſmiſſionem argumentum non rectè deſumitur.

25 Maneat itaque antè aditionem legitimam non magis quam teſtamentariam hæreditatem ad hæredem transferri, undè in illam quæſtionem incidimus, utrum ſcilicèt inofficioſi teſtamenti querela quæ his competit, qui contra pietatis officium exhæredati teſtamentum evertere & legitimam ab inteſtato hæreditatem contendunt vindicare, poſſit ad hæredem tranſmitti? pro cujus reſolutione dicendum breviter eſt, quod licèt inofficioſi querela ſtatim poſt aditam competat hæreditatem *l. Papinianus* 7. §. *ſi conditioni* 10. *de inoff. teſtam.* non tamen in bonis ſtatim eſt, expreſſus textus in *l.* 1. §. *ſed ſi puta* 8. *junct.* §. *utrum* 6. *ſi quid in fraud. patr.* & *junct. quæ dixi num.* 6. Nec ad hæredes aliter tranſmittitur quam ſi fuerit præparata, vel agnita bonorum poſſeſſione litis ordinandæ cauſa, vel per litis conteſtationem aut per denunciationem, libelli dationem, aut denique per ſolam comminationem *l. poſthumus* 6. §. *ult. cum leg. ſeq. l. nam etſi parentibus* 15. §. 1. *de inoff. teſtam. l. ſi pater* 5. *C. eod.* textus ſic intelligendus in *l.* 3. *C. de petit. hæred.* junct. Retes *in adverſariis de inoffic. cap.* 19. *n.* 10. Sed obſtat quod inofficioſi querela vindictam perſequitur, & ſimilis injuriarum actioni eſt *dict. l.* 1. §. *ſi quid in fraud. patr.* Cujac. 17. *obſerv. cap.* 17. ſed injuriarum actio ante litem conteſtatam nec in bonis eſt, nec ad hæredem transfertur *l. ſi eum* 10. §. *qui injuriarum* 2. *ſi quis caut. l.* 2. §. *emancipatus* 4. *de collat. bon. l. injuriarum* 13. *in prin. l. injuriarum* 28. *de injur.* ergo ad ejus inſtar inofficioſi querela non poſtquam libet præparationem, ſed poſt litem conteſtatam demum debet ad hæredem tranſmitti. Verum cum Anton. Fab. in *rat. ad tex. in dict. l.* 6. §. *ult. de inoffic.* reſpondendum eſt quod inofficioſi querela quamvis vindictam, propriamque exhæredati injuriam perſequatur, rei etiam, id eſt hæreditatis perſecutionem continet, & quia quatenus vindictam perſequitur, ante litem conteſtatam nec in bonis eſſe, nec ad hæredem transferri debere, quatenus vero rei perſecutionem continet ſtatim in bonis jam eſſe & abſque ulla præparatione ad hæredem tranſmitti oportere videbatur, mediam viam eligi, & temperamentum illud recipi placuit, ut ſcilicet inofficioſi querela, nec præcisè litis conteſtationem ad ſui tranſmiſſionem deſideret, nec ex quo competit abſque ulla præparatione poſſit ad hæredem tranſmitti, ſed ex quo fuerit aliquo ex ſupra ſcriptis modis præparata, quamvis litis conteſtatio non interceſſerit, tranſmiſſionem recipiat.

Nec hanc doctrinam evertit imo fulcit textus in *l. ſi quis affirmavit* 9. §. *item ſi tabulæ* 2. *de dol.* ubi cum ſuppreſſæ teſtamenti tabulæ fuiſſent, & exhæredatus filius ante aditam hæreditatem & ſic ante competentem querelam deceſſiſſet, quia eam ut potè nondum præparatam non tranſmiſit ejus hæredi adverſus eos qui teſtamenti tabulas ſuppreſſerunt, & lege Cornelia de falſis & de dolo experiri permittitur, ut explicant Cujacius 14. *quæſt. Papin.* in *d. l.* 15. §. 1. *de inoff.* Ant. Fab *in rat. ad textus in dict. l.* 9. §. 2. Retes *in adverſar. de inoff. cap* 20. *n.* 3. nec difficilior eſt textus in *dict. l.* 8. *in princ. verſ. ſequenti loco de inoffic.* ubi ſi filius in ſacris paternis exiſtens à matre prætetitus poſt agnitam honorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia & ſic poſt præparatam querelam deceſſerit, ideo querela extinguitur quia patri nec proprio nec hæreditario jure competit, non propriò quia licèt ex injuria filio familias facta duplex injuriarum actio patri acquiratur, alia proprio alia filii nomine, cum utrique injuria facta cenſeatur *l. in perſona* 30. *de pact. l.* 1. §. *item* 3. *l. pater* 41. *cum aliis de injur.* §. *patitur* 2. *inſtit. eod.* junct. quæ dixi *ad tit. eod. de collat. cap.* 2. *num.* 24. inofficioſi tamen querela patri per filium non acquiritur, nec filii nomine ſine ejus conſenſu à patre poteſt exerceri, quia quæ per maternam præteritionem infligitur injuria propriiſſima & perſonaliſſima filii eſt, in qua nihil de officio patris, ſed tantum de filii meritis agitur *dict. l.* 8. *in princip.* & §. 1. *de inoff. teſtam.* quæ cum pluribus tradunt Retes *de inoff. cap.* 24. Bellonus *de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 42. *ex num.* 55. *uſque ad num.* 100. Nec etiam agnita per filium poſſeſſio bonorum litis ordinandæ gratia, patri acquiſita dici poteſt, ut potè quæ ſine re eſt, nec ullum aliud præter querelæ præparationem affert emolumentum, ſed nec hæreditario jure querela patri competit, qui antè *Novellam* 118. filiofamilias exiſtere dici non poterat, *l. qui contra* 11. *de fidejuſſ. junct. l. creditorem* 18. *ad Macedon.* ut docent Anton. Fab. in *rat. ad textum in dict. l.* 8. *de inoff.* & Bellon. *dict. quæſt.* 42. *num.* 466. *cum tribus ſeqq.* Nec tamen obſtat textus in *l. ſi quis filium* 34. & in *l. ſcimus* 36. §. *ult. C. de inoff.* in quibus contrà veteris juris diſciplinam pietatis ratione ſubnixus noviter Juſtinianus induxit, ut ſi exhæredatus filius antè aditam hæreditatem, & ſic priùs quam præparare querelam potuerit, deceſſerit eam ad ſuam quidem poſteritatem tranſmittat, ad extraneos verò hæredes tunc ſolum transferat querelam, cum poſt aditam hæreditatem & factam præparationem deceſſerit, in quibus terminis hujuſmodi deciſiones exaudiendas exiſtimo, nec enim ſentire Juſtin. potuit querèlam antè aditam hæreditatem, & ſic antequam competat, poſſe ab exhæredato præparari, ut ſic ceſſent Anton. Fabri in Juſtinianum calumniæ in *rat. ad text. in dict. l.* 8. §. *ult. de inoff.* quamvis aliter nec rectè hæc jura Cujac. interpretetur *dict. lib.* 14. *quæſt. Pap. in dict. l.* 15. §. 1. *eod.*

Sed ex dictis illa naſcitur difficultas: qui in- 27

officioſi querelam præparaverit, non ideo legitimam hæreditatem adire cenſetur, ut pote quam acquirere non prius poteſt quam victoriam reportarit, cum nec ante reſciſum teſtamentum ab inteſtato hæreditas deferatur, & tamen poſt præparationem, non modo querelam ſed & nondum aditam legitimam hæreditatem ad hæredem tranſmittit: legitima igitur hæreditas ad teſtamentariæ diſcrimen etiam ante aditionem ad hæredem transfertur. Facilè tamen reſpondeo quod inofficioſi querela cum non in mera acquirendi facultate ſed vel in actione vel in officii judicis imploratione conſiſtat, ex quo præparatur, in bonis jam eſt, & ad hæredem transfertur, regula namque noſtra quæ nondum aditæ hæreditatis impedit tranſmiſſionem tunc ſolum procedit, cum ad perſequendam hæreditatem actio non competit, ſed ſimplex adeundi facultas quæ tanquam in bonis non exiſtens tranſmitti ad hæredem non poteſt, at ſi actio aliqua competat ad perſequendam hæreditatem prout inofficioſi querela contingit, ex quo in bonis eſſe cœperit poteſt ad hæredem transferri. Quæ ſolutio ſequentibus exemplis roboratur, quia adrogatus impubes quartam ſibi debitam ex bonis adrogatoris per conditionem ex lege perſequi poteſt, eam quamvis nondum agnitam ad hæredem tranſmittit *l. ſi adrogator* 22. *in princ. de adopt. dict. l.* 2. §. *ſi impuberi* 21. *de collat. bon. junct. quæ dixi n.* 6. ſimiliter quia filius cui minus legitima portione relictum eſt, novo jure inſpecto per conditionem ex lege poteſt conſequi ut legitima boni viri arbitrio repleatur *l. omnimodo* 30. *cum l. ſeq. C. de inoff.* hoc jus agendi ad ſupplementum ad quemcumcumque ſucceſſorem tranſmittit ut advertunt *interpretes in* §. *ſed hæc ita* 3. *inſtit. eod. tit.* & tenent plures quos refert & ſequitur *Ayllon. Laynez in addit.* ad Anton. Gomez. 1. *var. cap.* 11. *n.* 23. *circa fin.* quibus addendus *Olea de ceſſ. jur. tit.* 3. *in Miſcell. n.* 16. unde fortiori ratione infero quod cum hodiè quodcumque gravamen legitimæ impoſitum ipſo jure tollatur & rejiciatur *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff.* jus rejiciendi gravaminis à legitima poteſt ad hæreditatem transferri *arg. text. in l. quamquam* 10. *C. ad leg. falcid.* ut cum pluribus tenet *Caſtillo tom.* 5. *controverſ. cap.* 107. *n.* 40. *cum ſeqq.* quamvis contrarium ſine ratione defendant *Stephanus Gratianus tom.* 5. *diſcep. forens. cap.* 983. *ex n.* 10. & Jacobus Carcerius 1. *part. var. reſolut. cap.* 3. *n.* 41. *cum ſequenti* decepti autoritate textus *in l. cum patronus* 28. *de legat.* 2. qui tamen potius ſententiam noſtram firmat, ſi rectè intelligitur cum illuſtriſſimo Ramos. 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 17. *n.* 23. & denique quia is, qui ſe defert delationis præmium de quo *vid. Amaya in l.* 1. *cod. de delatorib. lib.* 10. *n.* 52. *cum duob. ſeqq.* per conditionem ex lege poteſt perſequi, ſi quidem poſt delationem inchoatam deceſſerit, quamvis nondum res in fiſcum fuerit coacta, illum ad hæredem tranſmittit *l. edicto* 13. §. *ad hæredes* 4. *juncto ibi Cujac. ad Pandect. de jur. fiſci*, quin Divi Adriani Epiſtola & divorum fratrum reſcripto quæ extant in *d. l.* 13. §. *extat* 5. *cum ſeq. de jur. fiſci* cautum eſt ut ſi quis cum ſe deferre animo haberet, morte præventus ſe non detulerit, aut ſi propter temporis anguſtias deferre ſe non potuerit, hæres ejus ſi detulerit, præmium nanciſcatur, quod non ſtricti juris rationi ſed imperiali clementiæ tribuendum. Nihil igitur mirum quod inofficioſi querela quæ vel in actione vel in officii judicis imploratione conſiſtens legitimam hæreditatem perſequitur, ex quo in bonis per præparationem eſſe cœperit, poſſit ad hæredem transferri.

Nec ſolum in hæreditatibus ſed & bonorum 28
poſſeſſionibus regula noſtra ſervatur, etenim ſi extraneus aliquis ante agnitam bonorum poſſeſſionem vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi competentem deceſſerit, agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis jus, quod ad inſtar juris adeundæ hæreditatis non in actione aliqua ſed in mera & ſimplici acquirendi facultate conſiſtit, ad hæredem non transfertur *l. veluti* 4. *de bon. poſſeſſ. l.* 2. *in princ. de bon. libert. l.* 2. *in princ. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab. l. emancipata* 4. *C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ. l. quoniam* 7. *C. de jur. delib.* ad quam juris partem ſpectant textus in *l.* 3. §. *acquirere* 7. *de bon. poſſeſſ. l. ſi is cui* 7. *rem rat. hab.* in quibus ſi is cui ignoranti ab altero petita bonorum poſſeſſione, priuſquam ratam habuerit, quod geſtum eſt, deceſſerit, jus bonorum poſſeſſionis extinguitur, quia nec defunctus ratum habuit, nec ejus hæres ratum habere poteſt cum ad eum jus bonorum poſſeſſionis non tranſeat, quod enim dici ſolet hæredem ratum habere poſſe, id quod defuncti nomine geſtum eſt, in his procedit quæ ad hæredem transferuntur, veluti legatis & fideicommiſſis *l. ſi ſine judice* 22. §. *Julianus* 6. *rem rat. hab.* non in bonorum poſſeſſionibus quæ ante rati habitionem ad hæredem non tranſmittuntur. Nec contraria ſed diverſa eſt ſententia textus in *l. bonorum poſſeſſionem* 24. §. 1. *eod. tit.* ubi ſi deceſſerit non quidem is cui petita bonorum poſſeſſio fuit, ſed qui ignorantis nomine bonorum poſſeſſionem petiit ratam adhuc haberi bonorum poſſeſſionis petitio poteſt, ex ratione quam in eo textu indicat Africanus & explicat *Cujacius ibi lib.* 5. *quæſt. ejuſd.* Difficilior ſanè videtur *text. in l. ult. de bon. poſſeſſ.* ubi docet Paulus, quod ſi is cui bonorum poſſeſſio ab altero petita eſt furere cœperit, ratum habuiſſe intelligitur, tum ſic, furioſi non minus quam mortui nulla voluntas eſt *l. qui ad certum* 11. *locati l. furioſi* 40. *de reg. jur.* & tamen ſuperveniens furor ratihabitionem inducit, ergo & ſuperveniens obitus ejus, cujus nomine petita bonorum poſſeſſio fuit, debet ratihabitionem, ac per conſequens & tranſmiſſionem bonorum poſſeſſionis inducere. Omiſſis tamen *Cujac. dict. tract.* 5. *Afric. in dict. l.* 24. §. 1. *rem rat. hab. & Larreategui lib.* 2. *ſelect. cap.* 5. *n.* 9. Reſpondeo cum Goffredo *in dict. l. ult.* ejus textus ſententiam accipiendam tunc eſſe, cum is cujus nomine petita bonorum poſſeſſio fuit, ratam quidem habuerit, ſed priuſquam à Prætore data bonorum poſſeſſio fuiſſet, furere cœpit, qui ideo datam poſtea bonorum poſſeſſionem ratam habere cenſetur, quia ut petita ſemel bonorum poſſeſſio, ubi data poſtea fuerit, confirmetur, novus conſenſus non exigitur ſed ſufficit non diſſenſus, cujus capax eſt furioſus, qui nec conſentire poteſt nec diſſentire *l. ſi tibi* 8. §. *unius* 2. *de opt. leg. l. ſi is qui* 27. *de acquir. poſſeſſ.* quam interpretationem probat ratio illa qua Paulus utitur ſcilicet quia ratihabitio ad confirmationem prioris poſtulati pertinet, quæ in-

telligenda ita eſt, ut ſecunda ratihabitio quæ ad confirmationem prioris petitionis exigitur, quia non novum conſenſum. ſed non diſſenſum deſiderat, poſſit per ſupervenientem furorem induci, quo etiam pertinet alter ejuſdem Pauli textus ex his cum *dict. l. ult.* facilè conciliandus in *l. ſi quis alieni* 48. *hoc tit.* Nec tamen ex eo inferas, quod in eiſdem terminis, ſi is cui petita bonorum poſſeſſio fuit, poſtquam ratam poſſeſſionem habuerit, ante datam à Prætore bonorum poſſeſſionem deceſſerit, hoc ipſo à Prætore poſtea datam bonorum poſſeſſionem ad hæredem tranſmittit, multum enim hæc inter ſe diſtant, qui poſtquam ratam habuit petitionem in furorem incidit, non modo diſſentiendi expers eſt, verum & à Prætore poſtea datam bonorum poſſeſſionem ex vi præambulæ ratihabitionis acquirit, at is qui poſt ratam habitam poſſeſſionem, ante datam à Prætore bonorum poſſeſſionem deceſſit, nec eam poſtea datam ex defectu perſonæ acquirere, nec nondum acquiſitam ad hæredem poteſt tranſmittere.

29 Hæc hucuſque regula expoſita quæ perpetuò viget ſi ſtrictum Pandectarum jus attendamus, ex civili tamen vel Prætoria æquitate nonnunquam temperatur, & prior quidem noſtræ regulæ limitatio extat in *l. 3. §. eleganter 30. & in l. qui poſthumos 4. ad Syllan. l. contra Syllanianum 11. C. de his quib. ut indig.* quæ ut intelligatur ſciendum eſt quod S. C. Syllaniano, ut dominorum incolumitati proſpectum eſſet, cautum eſt, ut ſi dominus occiſus eſſe diceretur, ſervi ejus omnes, qui ſub eodem tecto fuiſſent quæſtioni ſubjicerentur, additumque eſt, ut ſi hæres teſtamentarius vel legitimus ante quæſtionem de ſervis habitam, & ſumptum de noxis ſupplicium, vel teſtamentum publicaverit, vel hæreditatem adierit, ab eo tanquam ab indigno hæreditas eripiatur, & in fiſcum redigatur *l. 1. in princ. & ferè per totam dict. l. 3. §. quod ad cauſam 18. & §. non tantum 29. l. neceſſarios 5. §. non alias 2. ad Syllan. cum ſimilibus*, ſi itaque teſtamentarius vel legitimus hæres metu pœnæ S. C. Syllaniani præteritus nondum hæreditatem adierit; & dum ejus rei penderet inquiſitio, ante aditionem deceſſerit quamvis ſtricto jure nondum aditam hæreditatem ad hæredem transferre non potuerit, ex principali conſtitutione æquitatis ratione ſubnixa, ne alioquin ex eo injuriam experiretur quod S. C. Syllaniano paruiſſet, utiles actiones ad hæredem tranſmittit, ſive ut proprius loquamur quamvis, hoc ipſo, quod ante aditionem deceſſit, nec directas nec magis utiles actiones ad hæredem tranſmiſerit, cum nec utiles nec directas in bonis habuerit, ex imperiali æquitate ejus hæredi utiles actiones accommodantur ut ſolita elegantia dixit *Papin. in dict. l. 4. ad Syllan.* quæ tranſmiſſæ impropriè dicuntur ab Ulpiano in *d. l. 3. §. 30. eod. tit.* ſed licet juſtum impedimentum propter quod ſine indignitatis periculo adiri hæreditas non potuit, in cauſa fuit, ut hæredi utiles actiones darentur, neſcio an ex interpretibus quiſquam obſervarit. Unde cum hæredis hæres in præſenti jure civili ad hæreditatem admittatur, Prætorio non indiget beneficio ut docent Oſſual. ad Donell. 7. *comment. cap. 4. litter.* G. Pichardus *in lect. ad noſt. tit. cap. 31. n. 13.* Vela *diſſert. 11. n. 114.* quia imò nec petere poteſt extraordinariam bonorum poſſeſſionem ut ex legibus vel Senatus Conſultis, ut potè quæ non aliter competit, quam ſi à lege ſpecialiter deferatur *l. un. §. ult. ut ex legibus vel Senatusconſultis bonorum poſſeſſio detur §. ſeptima eas ſequenta 3. inſtit. de bon. poſſeſſ.* ſed utilibus actionibus hæreditatem perſequitur, quæ licet civiles, utiles non directæ appellantur, quia contra ſtricti juris principia ex humanitate indulgentur, ut cum judicio prævidit Goffred. *in dict. l. un. n.* 8. conſtitutionem autem ex qua utiles hujuſmodi actiones deſcendunt, quam nunc non inveniri immerito credidit Oſſual. *ubi ſuper* ab Imperatore Marco Antonino cognomento Philoſopho latam conſtat, ſi Juſtiniano fides adhibenda *in dict. l. C. de his quib. ut indign.*

Verum ità demum Divi Marci conſtitutioni locus eſt, ſi ſolum propter metum pœnæ S. C. Syllaniani aditam non fuiſſe hæreditatem conſtiterit, ut ſignanter exprimitur in *dict. l. 3. §. 30. ad Syllan.* at ſi cum aliud eſſet impedimentum, eſſet & Senatus-Conſulti, teſtamentarius hæres antè aditionem deceſſerit, ejus hæredi nec utiles quidem actiones conceduntur *dict. l. 3. §. ult. dict. l. 4. eod. tit.* Ponamus teſtatorem, qui occiſus dicitur, uxorem, vel reverà prægnantem, vel quæ prægnans exiſtimabatur reliquiſſe, & poſthumum præteriiſſe, tunc ſane inſtitutus hæres præter impedimentum Senatus-Conſulti, ſivè pleno, ſivè vacuo ventre ſit mulier, aliundè adire hæreditatem non potuit; ſi pleno ventre ſit mulier, quia poteſt teſtamentum per agnationem poſthumi rumpi, ex teſtamento verò, quod rupturæ periculo ſubjacet, adiri hæreditatem non poſſe certum eſt, *l. cum quidam 30. §. 1. & 2. l. ventre præterito 84. hoc tit.* ſi vacuo ventre revera ſit mulier, quæ tamen prægnans exiſtimatur, vel quia ipſa ſe prægnantem fingat, aut credat, vel quia id dicant obſtetrices, adiri adhuc hæreditas non poteſt, hæres etenim ut adeat hæreditatem, non modo certus eſſe debet ruptum teſtamentum non eſſe, ſed & ſcire tenetur rumpi teſtamentum non poſſe *dict. l. 30. §. ſive 2. cum §. ſeq. dict. l. 84. hoc tit.* qui verò ideò antè aditionem deceſſit, quod ex eo adire hæreditatem non potuit, quia cum poſthumus præteritus fuiſſet, defuncti uxor, vel pleno ventre erat, vel cum revera vacuo eſſet ventre prægnans exiſtimabatur, ad hæredem non transfert hæreditatem, ut conſtat ex *dict. l. 3. §. ult. ad Syllan.* & ex poſteà explicando textu in *dict. l. 84. hoc tit.* & probat prætereà textus elegans in *l. 1. §. non nunquam 8. & §. idem Julianus 9. ſi mul. ventr. nom. in poſſeſſ. calum. cauſ. eſſe dicatur*: ubi ſi cum mulier, quæ ſe prægnantem fingebat, per calumniam ventris nomine in poſſeſſionem miſſa fuiſſet, teſtamentarius hæres, qui ex eo adire hæreditatem non potuit, quod an prægnans mulier eſſet, dubitabat, antè aditionem deceſſerit, & ſic hæreditate fuerit excluſus, compertâ veritate ejus hæredi ex edicto Prætoris actio contrà mulierem conceditur, quatenus ejus interfuit mulierem calumniæ cauſa in poſſeſſione non fuiſſe, cum alioquin inſtitutus hæreditatem adeundo hæredi ſuo locupletiorem ſuam hæreditatem reliquiſſet, cujus intereſſe rationem habendam conſtat ex *dict. l. 1. §. comperit. 6.* argum. text. in *dict. l. 23. ad*

leg. Aquil. cum aliis adductis num. 8. & in *dict. l.* 9. §. 2. *de dolo junctis quæ dixi num.* 26. ergò qui ex eo hæreditatem non adiit, quod defuncti uxor vel prægnans revera eſſet, vel exiſtimaretur, ſi quidem antè aditionem deceſſerit hæreditatem ad hæredem non transfert, ut Doctiſſimus agnovit Cujacius *lib.* 19. *digeſt. Juliani in dict. l.* 1. §. 9. cum itaque inſtitutus hæres præter S. C. Syllaniani impedimentum aliâ ratione adire non potuerit, antè aditionem decedens, nec utiles quidem actiones ad hæredem tranſmittit, qui nec juſtè queri poterit ſibi vel defuncto propter S. C. Syllanianum injuriam irrogari, cum aliud fuerit adeundæ hæreditatis impedimentum, ut docet Papinianus in *dict. l. ad Syllan.* ubi cum is qui poſthumis hæredibus inſtitutis uxorem ſuam ſubſtituerat [ponendum eſt uxorem liberorum jus à principe impetraſſe, aut alio modo ex his quæ Ulpianus recenſet *in fragm. tit.* 16. *de ſolidi capacitate in princ.* ſolidum capere ex mariti teſtamento potuiſſe] à familia occiſus diceretur, & uxor antè aditionem diem ſuum obiiſſet, ità demum ejus hæredes, qui utiles actiones ſibi dari poſtulabant, audiendos conſultus reſpondit, ſi uxor, quæ ſe vacuo ventre eſſe ſciebat, & adire hæreditatem potuit, *dict. l.* 30. §. *ſed etſi* 5. *hoc tit.* eam propter Senatus Conſultum non adierit, quia tunc verum eſt propter ſolius Senatus Conſulti metum aditam hæreditatem non fuiſſe, at ſi uxor cum vel revera pleno eſſet ventre, vel ſe prægnantem exiſtimaret, antè aditionem deceſſerit, nullam injuriæ querelam intervenire, nec hæredibus ſuccurri debere Papinianus decidit, cum præter Senatus Conſultum aliâ ratione hæreditas adiri non potuerit, pro ut eum textum explicat Cujac. *ibi lib.* 6. *reſp. Papin.*

31 Sed illud occurrit quod is qui propter juſtum aliquod impedimentum adire hæreditatem non potuit, ſi quidem antè aditionem deceſſerit, nec utiles quidem actiones ad hæredem tranſmittit, ut præter textus anteriori numero adductos, ex eo etiam oſtenditur quod ex parte inſtitutus hæres ex legis Papiæ præſcripto antè apertas teſtamenti tabulas adire hæreditatem non potuit, *l. multum intereſt* 21. *de cond. & demonſt.* & tamen antè aditionem clauſis adhuc tabulis decedens hæreditatis partem ad hæredem non tranſmittebat, quæ imò fiſci juribus vindicabatur, ut conſtat *ex Ulpiano in fragm. tit.* 17. *de caduc. in princip.* & indicat Juſtin. in *dict. l. un.* §. *in noviſſimo* 5. *C. de caducis:* ſimiliter ergò qui propter juſtum S. C. impedimentum ſine indignitatis periculo adire hæreditatem non potuit, ſi quidem antè aditionem deceſſerit, nec utiles quidem actiones debet ad hæredem tranſmittere. Huic difficultati cui Goffred, ferè ſuccumbit in *l. ſcriptus* 12. *de Carbon. edict. num.* 9. *circa fin.* reſponderi poſſe exiſtimo, quod etſi regulariter qui propter juſtum aliquod impedimentum adire hæreditatem non potuit, antè aditionem decedens, nec utiles quidem actiones ad hæredem tranſmittat, is tamen qui propter Syllaniani metum prius quam adierit hæreditatem, deceſſit utiles actiones ad hæredem transfert ſpeciali illâ ratione, quæ Divi Marci conſtitutionem, ſivè orationem extorſit, quia ſcilicèt ejus hæres qui occiſus dicitur ſi indignitatis pœnam non metuiſſet, hæreditatem adiiſſet & ad hæredem tranſmiſiſſet, ſolum itaque Syllaniani metu perterritus, hæreditatem non adiit, cujus jacturam non ex eo debet ſentire quod Senatus Conſulto paruiſſet, cujus ſcopus ille eſt, ut hæres defuncti mortem ulciſcatur, nec propter compendium ſuum ſamiliæ facinus occultet, *d. leg.* 3. §. 29. *l. ſi ſequent.* 15. §. *ult. ad Syllan.* Non verò ut diſpendium aliquod experiatur, ut conſiderat, quamvis ſuperiorem difficultatem non prævideret Donell. *dict. lib.* 7. *comment. cap.* 4. non idem dici potuit de hærede ex parte inſtituto antè apertas tabulas, & ſic antè aditionem decedente, cui lex Papia ut caducorum materiam exordiretur adeundi facultatem præcluſit, ut Juſtinianus præfatur in *dict. l. un.* §. 1. *C. de caducis.*

Secundam noſtræ regulæ limitationem invenimus in *dict. l.* 84. *hoc tit. l. illud.* 4. §. *ult. cum l. ſeq. de bon. poſſeſſ. contra tabulas*, in quibus docemur quod licet extraneus hæres inſtitutus, qui cum præteritus venter fuiſſet ex eo adire hæreditatem non potuit, quod defuncti uxor vel gravida revera eſſet, vel exiſtimaretur, ante aditionem decedens nihil ad hæredem tranſmittat, ſi tamen emancipatus filius ventre præterito ſcriptus hæres fuerit, quandiu defuncti uxor vel pragnans revera eſſet, vel exiſtimatur, poteſt ex Prætoris edicto ſeu decreto contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere quaſi commiſſo edicto per poſthumum fratrem præteritum ex regula textus in *l.* 3. §. *ſi quis ex liberis* 11. *de bon. poſſeſſ. contra tabul.* quo ſi poſthumus naſcatur, ab initio rectè data cenſetur, ſi vero natus poſthumus non fuerit in ſecundis tabulis bonorum poſſeſſiooem convertitur, ut ab argumento probat textus in *l.* 2. §. 1. *de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* & docet Goffredus in *d. l.* 4. §. *ult. n.* 4. Quin imo etſi emancipatus filius interim priuſquam agnoverit bonorum poſſeſſionem deceſſerit, quamvis cum nondum agnitam non tranſmiſerit, ejus hæredi prætor ſuccurrit, & jus petendæ bonorum poſſeſſionis concedit *dict. l.* 84. *hoc tit. dict. l.* 5. *de bon. poſſeſſ. cont. tab.* æquitatis autem ratio, quæ in hac re emancipatum filium ab hærede penitus extraneo ſecernit, in eo eſt quod emancipatus ad extranei diſcrimen in omnem eventum, vel univerſa patris bona, vel eorum partem habiturus eſt; univerſa ſi poſthumus non naſcatur; partem ſi poſthumus in lucem editus ſit; iniquum vero eſſet, ut qui ſuperſtes patri omni caſu ſuccederet, interim decedens nihil ad hæredem tranſmitteret, ut conſiderat *Papin. in dict. l.* 84. *in fin, hoc tit.* quem ſic explicat Cujacius ibi *lib.* 16. *queſt. ejuſd.* & Pichard. *in lect. ad noſt. tit. cap.* 31. *num.* 15. ex quibus facilè explicatur alter tranſmiſſionis caſus qui ejuſdem rationis eſt, & extat in *l. etſi ex modica* 6. §. 1. *l. filius* 42. §. *ult. de bon. libert.* ex quibus cum defuncti patroni filia à liberto hæres fuiſſet inſtituta falſumque teſtamentum dictum & pronunciatum eſſet & appellatione interpoſita, & pendente diem ſuum obiiſſet, & ſic ante aditionem ex teſtamento. Etenim quod falſum arguitur adiri hæreditas non poteſt *l. cum falſum* 46. *hoc tit.* ejus hæredi Divi Marci reſcripto ſuccurritur, ſeu utiles, civiles tamen actiones conceduntur, ut ſive ſuperior judex inferioris

Digitized by Google

rioris ſententiam tevocarit, integram liberti ſucceſſionem, ex qua patroni filia fuit inſtituta, perſequatur; ſive confirmarit eam bonorum partem percipiat, quam patroni filia ſi vixiſſet, inteſtatæ ſucceſſionis jute habere potuiſſet. Cujus reſcripti rationem ex eo deſumit Cujacius *lib. 3. quæſt. Papin. in dict. l. 42. §. ult. de bon. libert.* quem ſequitur D. Petrus de Chavarri *in ſecunda ſuæ didaſcal. part. cap. 6. n. 7.* quod patroni filia liberti hæreditatem perſequi non ceſſaverat, imo utroque jure fuerat perſequuta, teſtamenti ſcilicet quaſi ſcripta, vel ſi citra teſtamentum non obtineret, jure inteſtatæ ſucceſſionis *arg. textus in l. 3. de teſtam. mil.* Quam igitur utroque jure vindicavit hæreditatem, debuit ad hæredem tranſmittere, verum non eam reſcripti fuiſſe rationem illud oſtendit quod patroni filia hæreditatem quam adire interim non potuit, nec teſtamenri nec inteſtatæ ſucceſſionis jure vindicaſſe, ſed ſolum de teſtamenti viribus contendiſſe dici poteſt, quod ad inducendam tranſmiſſionem non ſufficit, alioquin ſi extraneus quilibet hæres inſtitutus interim dum falſi teſtamenti accuſatio penderet, ante aditionem decederet, ejus hæredi utilibus datis actionibus ſuccurrendum eſſet, quod abſurdum eſſe, & indicant textus *in dict. l. 6. §. 1. & in dict. l. 42. §. ult.* & ex poſtea dicendis apparebit. verior itaque reſcripti ratio illa meo quidem judicio eſt, quod patroni filia quæ propter juſtum impedimentum, adire liberti hæreditatem non potuit ſi ſuperſtes eſſet in omnem eventum liberto ſucceſſura fuiſſet, priori revocata ſententia teſtamenti, confirmata vero inteſtatæ ſucceſſionis jure: ne ergo quæ ſi viveret omni caſu liberto ſucceſſiſſet, interim decedens nihil tranſmitteret, ejus hæredi utilibus datis actionibus ſuccurrendum Divus Marcus exiſtimavit *arg. text. in dict. l. 84. in fin. hoc tit.*

33 Hinc intelligendum exiſtimo textum in *l. 3. in princ. de collat. bon.* ubi docet Juſtinianus quod Prætorium edictum, quo emancipatus, qui appetit bona paterna, ſuis hæredibus propria conferre jubetur, conditionale non eſt, nec enim prætor ſub conditione collationis bonorum poſſeſſionem promittit, ſed agnitæ bonorum poſſeſſioni onus collationis injungit, alioquin magna captio eſſet emancipati, ſi non prius acipere bonorum poſſeſſionem poſſet, quam de collatione caviſſet, nam ſi interim decederet, nihil ad hæredem tranſmitteret; ſentit itaque Conſultus quod ſi conditionale eſſet edictum de collationibus, emancipatus, qui ex eo nondum caviſſet, ante agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſiſſet, hæredi nihil relinqueret, ita enim poſito jure, etſi ſuperſtes eſſet, non in omnem eventum patri ſuccederet, ſed ita demum ſi prius de collatione caviſſet, tunc ergo ſolum emancipati hæredibus Prætor ſuccurrit, cum emancipatus, qui propter juſtum impedimentum agnoſcere bonorum poſſeſſionem non potuit, ſi ſuperſtes adhuc eſſet in omni eventu parenti ſucceſſiſſet. Ex eadem doctrina intelligo textum in *l. 1. §. 1. verſ. unde tractari ad Tertyll.* ubi ſi mulier deceſſerit de cujus ſtatu dubitatur, ex eo quod ejus pater ab hoſtibus captus ſit, interim quandiu incertum eſt an mater an filia familias deceſſerit, quæ incertitudo tandiu perſeverat, quandiu apud hoſtes pater naturaliter ſuperſtes ſit, ſi etenim apud ipſos decedat, mulier propter fictionem legis Corneliæ ex inſtanti captivitatis ſui juris fuiſſe, & ſic mater familias deceſſiſſe creditur, ſi vero ab hoſtibus parens redierit poſtliminii poteſtate mulier filia familias deceſſiſſe ac proinde hæredem reliquiſſe intelligitur *§. ſi ab hoſtibus 5. inſtit. quib. mod. jus pat. poteſt. ſolv.* ejus filii nec ex S C. orphitiano poſſunt hæreditatem adire tanquam materni ſtatus ignari *ex reg. text. in l. hæres 32. §. ult. hoc tit.* nec magis edictalem unde legitimi bonorum poſſeſſionem agnoſcere juxta textum ſic intelligendum in *l. 2. §. ſi quis deceſſerit 3. unde legit. juncto ibi Cujacio ad Pandectas.* Ne tamen decedentes interim filii nihil ad hæredem tranſmittant, eis per Prætorem ſubveniendum, ut in multis caſibus placuit, qui illi ipſi ſunt quos anteriori numero adduxi *in dict. l. 1. §. 1. Ulp. concludit*, cujus ſententiam renuente licet Goffredo in *dict. l. 52. de Carbon. edict. n. 7. circa finem* ſic arbitror exaudiendam ut ſcilicet quandiu defunctæ matris incertus ſtatus ſit, filius quidem per Prætorem ſubveniatur, & decretalis unde legitimi bonorum poſſeſſio concedatur, quæ ſemel decreta ad eorum hæredes tranſmittetur, at ſi filii ante decretam ſibi à Prætore bonorum poſſeſſionem deceſſerint, eorum hæredibus ſubveniendum non eſſe crediderim, nec enim filii, & ſi ſuperſtites adhuc eſſent, in omnem eventum matri ſucceſſiſſent, ſed ita demum ſi ejus pater apud hoſtes diem ſuum obiiſſet, deficit ergo æquitatis ratio, quæ in caſibus præcedenti numero expoſitis tranſmiſſionem induxit, alioquin etſi emancipatus filius non in omni eventu patri ſucceſſurus fuiſſet, ubicumque propter juſtum aliquod impedimentum ante aditam hæreditatem aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſiſſet; ejus hæredi ſuccurrendum foret, quod tamen non ita eſſe apparet ex nuper dictis; cautè igitur Ulpianus filiis per Prætorem ſubveniendum ſcribit, ut in multis caſibus placuit, hæredum autem non meminit, ut pote quibus ſubveniri non oportere ſentiebat.

Et quibus fortiori ratione deducitur, quod 34
ſi penitus extraneus hæres propter juſtum aliquod impedimentum ante aditam hæreditatem deceſſerit, ſuccurrendum ejus hæredi non eſt ut conſtat ex *dicto numero 30.* & ex eo prætetea confirmatur quod ſi furioſus hæres inſtitutus, qui propter juſtum furoris impedimentum adire hæreditatem non poteſt, in furore, & ſic ante aditionem deceſſerit, nihil ad hæredem tranſmittit, quod & ſervatur quamvis curator furioſi nomine decretalem bonorum poſſeſſionem acceperit quæ temporalis eſt, & in id deſervit, ut furioſus interim hæreditariis bonis fruatur, & ut legata, & fideicommiſſa tam univerſalia quam particularia exacta cautione præſtentur *l. Licinius 48. §. 1. de leg. 2.* & textus ſic intelligendus *in l. cum hæres 35. ad Trebell.* & evaneſcit omnino ſi furioſus nondum compos mentis factus deceſſerit, cujus hæres eam hæreditem ex cujus cauſa decretalem bonorum poſſeſſionem curator accepit, ſubſtituto vel proximiori defuncti agnato vel ſequenti in gradu cognato petitionis hæreditatis judicio cogitur reſtituere juxta difficilem alioquin textum ſic intelligendum *in l. hæres furioſi 51. in pr. de petit. hæred. juncto ibi Cujacio lib. 2. reſp. Papin.* expreſſior textus in *l. ult. §. ſin autem 8. C. de*

curat. fur. nec mirum videtur quod accepta ſemel à curatore furioſi nomine bonorum poſſeſſio ad hæredes non transferatur, nam curator furioſi nomine non edictalem ſed decretalem bonorum poſſeſſionem accipere poteſt juxta ſic exaudiendum, & cum nuper adductis juribus conciliandum textum *in l.* 1. §. *furioſi* 5. *de ſucceſſ. edict.* & licet acceptæ ſemel decretales etiam bonorum poſſeſſiones ſoleant ad hæredem tranſmitti *dict. l.* 84. *hac tit. dict. l.* 4. §. *ult. de bon. poſſeſſ. contra tab. dict. l.* 1. §. 1. *ad Tertyll.* id in his duntaxat decretalibus bonorum poſſeſſionibus ſervatur, quæ perpetuum jus tribuunt, non quæ temporarium, unde cum accepta à curatore furioſi nomine decretalis bonorum poſſeſſio, non perpetuum ſed temporale jus tribuat, ad hæredem transferri non poteſt, Carbonianæ decretalis bonorum poſſeſſionis exemplo, quæ quia temporale ſolum jus præſtat *l.* 3. §. *puberi:* 3. *in fin. de Carbon. edict.* ſi ſola abſque edictali alia poſſeſſione bonorum ab impubere accepta ſit, qui ſtatus patitur controverſiam, ad ejus hæredem non tranſit ut probat ſingularis textus *in l.* 2. §. *ſed ſi quis cum ſtatus* 12. *ad Tertyll.* & eleganter obſervat noſter Digeſti veteris Doctiſſimus antéceſſor D. Didacus de Bezerra *in ſuis diſput. Salmant lib.* 1. *cap.* 9. *n.*20. idemque juris eſt, ſi cum furioſo hæredi inſtituto vulgaris ſubſtitutus datus eſſet & furioſi nomine curator accipere bonorum poſſeſſionem noluiſſet, eam ex Prætoris decreto ſubſtitutus acceperit (quod decretum interponere Prætor ſolet; ne diutiùs hæreditaria bona jaceant, & ne creditoribus longior mora fiat argumento textus *in l. inter omnes* 12. *qui ſatiſd. cog. l. Paulus* 8. *de Prætor. ſtipul.*) quæ, ſi ſubſtitutus ante furioſum deceſſerit, evaneſcit, nec ad hæredem transfertur ut conſtat, *ex l. de bon. poſſeſſ. fur. infant. teſt.* ubi ideo ſubſtitutus, dum decretalem hanc bonorum poſſeſſionem accipit, cavere tenetur de reſtituendis bonis hæredibus legitimis, ſi forſam ante furioſum, & ſic ante exiſtentem caſum ſubſtitutionis deceſſerit, & mox inſtitutus furioſus, vel in eodem furore, vel compos mentis effectus, priuſquam adierit hæreditatem, diem ſuum obierit ut explicat *Cujac. lib.* 15. *quæſt. Papin. in dict. l.* 1.

35 Nec ſolum à curatore furioſi nomine accepta decretalis bonorum poſſeſſio ad hæredem tunc non transfertur, cum furioſus in eodem furoris ſtatu deceſſit, verum & idem procedit ſi ſanæ mentis factus ante petitam edictalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ut mihi probat textus (ex quo contrarium immeritò infert laudatus nuper Bezerra *dict. l.* 1. *cap.* 9. *n.* 19.) in *dict. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis* 11. *verſ. igitur ad Tertyll.* ubi cum quis inteſtatus decedens matrem & furioſum emancipatum filium reliquiſſet, furioſique nomine curator decretalem bonorum poſſeſſionem accepiſſet, Ulpianus reſpondet, quod ſi furioſus, priuſquam compos mentis factus edictalem bonorum poſſeſſionem petierit, deceſſerit, matri non obſtabit, utrumque igitur ad inducendam tranſmiſſionem ſimul exigitur, & quod furioſus ſanæ mentis effectus ſit, & quod poſt petitam edictalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ac proinde decretalis à curatore furioſi nomine accepta bonorum poſſeſſio transferri ad hæredem non poteſt, etſi furioſus jam ſanæ mentis effectus, ante petitam tamen edictalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit. Hoc ipſum ſic à juris ratione fundatur. Decretalis hæc bonorum poſſeſſio, ex quo furioſus ſanam mentem receperit ſtatim extinguitur *dict. l. ult.* §. *tali* 7. *C. de curat. furioſ.* tranſmitti igitur ad hæredem non poteſt. Rurſus furioſus ex eo ſolum, quod ſanæ mentis effectus ſit nullam bonorum poſſeſſionem acquiſiiſſe dici poteſt, non decretalem, ut potè jam extinctam, non edictalem tanquam nondum petitam, ut ex eo liquet, quod ex tunc poteſt edictalem bonorum poſſeſſionem agnoſcere vel repudiare ut conſtat *ex dict. l. ult.* §.7. *juncto* §. *ſin autem* 8. & docet Goffredus *in dict. l.* 1. *de bon. poſſeſ. furioſ. infant. &c. n.* 1. *&* 6. quam profecto ſi ante agnitionem confeſtim acquiſiiſſet, repudiare poſtea non poſſet ex vulgata regula textus in *l.* 1. §. *decretalis* 8. *de ſucceſſ. edicto.* nihil ergo poterit ad hæredem tranſmittere. Sed huic doctrinæ opponi Juſtinianus videtur in *dict. l. ult.* §. *ſin autem ipſe* 9. *junct.* §. *anteced. C. de curat. furioſ.* qui cum in *dict.* §. 8. de hæreditatibus legatis & fideicommiſſis furioſo relictis tractaret ſubjunxit in *dict.* §. 9. quod ſi furioſus ſanæ mentis factus ea admittere noluerit, & expreſsè repudiaverit, vel ejus hæres hoc fecerit, ab ejus ſubſtantia illico ſeparantur, perindè ac ſi ab initio ad eum devoluta non fuiſſent: ſupponit ergo quod furioſus ſanæ mentis factus, quam nondum agnoverat edictalem bonorum poſſeſſionem ad hæredem transfert, alioquin ſi agnitam ſolum bonorum poſſeſſionem transferret, ejus hæredi repudiandi facultas non competeret ex regula textus *in dict. l.* 1. §. *de ſucceſſ. edict.* Facilè tamen reſponderi poſſe exiſtimo quod Juſtinianus ſcribit in *dicto* §. 9. furioſi qui ſanam mentem recepit, hæredem, liberam agnoſcendi vel repudiandi facultatem obtinere, ad legata ſolum aut fideicommiſſa de quibus proximè duntaxat loquutus fuerat in fine antecedentis §. referendum, quæ ſi agnita à furioſo jam ſanæ mentis effecto non fuerint, ejus hæres ad quem jure tranſmiſſionis pertinent *l.* 5. *& ferè per tot. tit. quand. dies leg. ced.* agnoſcere poteſt, vel repudiare juxta *reg. text. in l. ſi fundum* 8. §. *ſi fundus* 6. *de leg.* 1. *cum ſimilibus* junct. quæ dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 1. *n.* 29. *cum ſeq.* non ad bonorum poſſeſſionem, quam nondum agnitam ad legatorum diſcrimen ad hæredem tranſmitti non poſſe ſæpè diximus.

His tamen omnibus, quæ hucuſque non ſine cura fundavimus, quaſi data opera obſiſtere Papin. videtur in vulgari, difficili tamen, & nunc noviter exponendo textu (qui tertiam noſtræ regulæ limitationem præſefert) *in l. ſcriptus* 12. *de Carbon. edict.* ubi docet quod ſi impubes præteritus filius, qui ſubjectus ſeu ſuppoſitus dicitur ex primo edicto ordinariam ſeu edictalem contra tabulas bonorum poſſeſſionem petierit, extraneus hæres ſcriptus interim accipere ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem non poteſt; at ſi medio tempore ſcriptus, aut qui inteſtati ſucceſſionem habere potuerit, deceſſerint, eorum hæredibus ſuccurrendum ſcribit, quid enim, inquit, *ſi non potuerunt adire hæreditatem jure ceſſante, vel ob litem in dubio conſtituti?* Tunc ſic en ubi extraneus teſtamentarius aut legitimus hæres, etſi maximè ſuperſtes eſſet, non in omnem eventum hæreditatem eſſet habiturus, ſed ita demum ſi impubes ſubjec- 36

tus ſeu ſuppoſitus fuiſſet pronunciatus, & tamen quia propter juſtum impedimentum, antequam hæreditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem agnoſcere potuiſſet, deceſſit, per Prætorem ejus hæredi ſuccurritur; falsò igitur hactenus diximus, quod etſi extraneus hæres propter juſtum aliquod impedimentum ante aditam hæreditatem deceſſerit, ſuccurrendum hæredi non eſſe. Difficultatem quam Cujacius non agnovit *lib. 14. quæſt. Papin. in dict. l. 12.* in ejuſdem textus commentario Goffredus prævidit, *num. 9.* cujus omiſſa ſolutione, quam ex jam dictis & ex ſtatim dicendis cuilibet convincere facillimum erit, reſpondendum arbitror, quod diximus, ejus hæredi qui propter juſtum impedimentum ante aditam hæreditatem aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſit ſubveniri per Prætorem non oportere, ita procedere, ſi juſtum impedimentum, vel ex furore, vel ex proprio hæredis teſtamentarii, vel legitimi, aut ex alieno privati ſcilicet alicujus facto provenerit, ut in hactenus expoſitis juribus contingere certum eſt, at ſi juſtum impedimentum nec ex proprio nec ex alieno privati facto ſed à Prætore proveniat, ejus hæredi, qui ſic juſtè impeditus antè aditam hæreditatem, aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, per Prætorem ſubveniri debere; iniquum enim eſſet ut qui à Prætore impeditus nec hæreditatem adiit, nec bonorum poſſeſſionem agnovit, interim decedens nihil hæredi relinqueret. Hinc procul dubio deciſiva Papiniani ratio profluxit in *dict. l. 12.* ubi ſcriptus aut legitimus hæres à Prætore fuit impeditus ſecundum tabulas, aut unde legitimi bonorum poſſeſſionem agnoſcere vel hæreditatem adire, quæ ſingula ſic demonſtro: ſi impuberi, qui ſubjectus dicebatur, Carbonianam ſolum bonorum poſſeſſionem Prætor decreviſſet, ſcriptus aut legitimus hæres agnoſcere ſimul ſecundum tabulas, aut unde legitimi bonorum poſſeſſionem potuiſſet, *l. ſi impubes 7. §. ult. de Carbon. edict.* quia verò Prætor impuberi ſemiplena cauſæ cognitione præhabita edictalem contra tabulas bonorum poſſeſſionem conceſſit, ſcriptus aut legitimus ſecundum tabulas, aut unde legitimi agnoſcere bonorum poſſeſſionem non potuit, cum ergo juſtum non petendæ bonorum poſſeſſionis impedimentum à Prætore provenerit, eorum interim decedentium hæredibus, in eum caſum quo ſuppoſitus pronunciatus fuerit impubes per Prætorem ipſum ſubveniri æquitati conſonum eſt, & id Papinianum ſenſiſſe ipſa textus ſeries oſtendit, in quâ Conſultus, ut ſcripti aut legitimi interim decedentium hæredibus ſubveniendum per Prætorem decideret, prius impuberi qui ſubjectus dicebatur, edictalem contra tabulas bonorum poſſeſſionem Prætorem conceſſiſſe, & eâ ratione ſcriptum, aut legitimum bonorum poſſeſſionem agnoſcere non potuiſſe præfatur, ut ſcilicèt demonſtratet juſtum impedimentum à Prætore proveniens in causâ eſſe, ut ſcripti aut legitimi interim hæredibus ſit per ipſum Prætorem ſubveniendum.

37 Nec tamen indiſtinctè ſcripti aut legitimi interim decedentium hæredibus, per Prætorem ſubveniri oportere, ſed tunc ſolum, cum ſcriptus aut legitimus medio tempore hæreditatem adire non potuerunt in *dict. l. 12. de carbon. edict.* Papin. affirmat, cujus ſententia ut intelligatur ſciendum eſt, quod etſi impubes, qui ſubjectus dicitur edictalem contra tabulas bonorum poſſeſſionem acceperit, ſcriptus aut legitimus qui interim agnoſcere ſecundùm tabulas aut undè legitimi bonorum poſſeſſionem non poſſunt, ne alioqoin Prætor ſibi ipſi contrariari videatur, jure civili medio tempore adire hæreditatem regulariter non prohibeantur, & ſi cum potuiſſent adire antè aditam hæreditatem deceſſerint, eorum hæredibus per Prætorem ſuccurri nulla æquitatis ratio perſuadet, at ſi medio tempore nec civili quidem jure adire hæreditatem potuerint, tunc ſolum eorum hæredibus ſuccurrendum meritò Papinianus decidit, qui duplici caſu id evenire demonſtrat, primus eſt jure ceſſante, id eſt ſi teſtamentum civili jure inſpecto ſit inutile, & Prætorio ſolum jure ſuſtineatur contra terminos textus in *l. 1. §. exigit 8. l. qui ex liberis 11. §. ult. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. §. non tamen per omnia 6. inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* ex cujus causâ ſcriptus hæres, ad quem ſolum hic caſus pertinet adire hæreditatem non potuit. Secundus & generalis ille eſt, ſi ſcriptus aut legitimus fuerint propter litem in dubio conſtituti, qui hoc ipſo quod dubitarunt, an impubes defuncti patrisfamilias filius eſſet, quia vel de viribus teſtamenti, vel de legitimæ hæreditatis delatione dubitarunt, adire interim hæreditatem non potuerunt ex regulâ textus in *l. nec is 17. hoc tit. cum ſimilibus*, alioquin ſi ſubjectum ſeu ſuppoſitum filium eſſe ſciiſſent, cum nec de teſtamenti viribus, nec de hæreditatis delatione dubitaſſent, lite etiam pendente adire hæreditatem potuiſſent, ut probant textus in *dict. l. 17. §. cum falſum 46. l. Pannonius 86. §. 1. hoc tit. juncto Cujacio tract. 1. ad Afric. in dict. l. 46.* nec enim habenda ratio ejus eſſet, quod per injuriam, aut imprudentiam impuberem defuncti patrisfamilias filium eſſe pronunciare judex potuiſſet argum. textus in *l. eo tempore 50. in princip. de pecul.* & in *leg. petitor 30. de liber. leg.* His dumtaxat caſibus ſcripti aut legitimi hæredibus per Prætorem ſuccurritur, in primo quia ſcriptus nec hæreditatem potuit adire, cum inutile jure civili teſtamentum eſſet, nec ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, propter impuberi à Prætore datam contrà tabulas bonorum poſſeſſionem: in ſecondo quia licet non adeundæ hæreditatis impedimentum proximè & immediatè ex propria ſcripti aut legitimi exiſtimatione provenerit, remotè tamen & mediatè ab ipſo Prætore proveniſſe negari non poteſt, ex eo enim quod Prætor non Carbonianam, ſed edictalem impuberi bonorum poſſeſſionem dediſſet, dubitare juſtè potuerunt ſcriptus aut legitimus, an impubes defuncti patrisfamilias filius eſſet, quem tanquam filium à Prætore tractari videbant? meritò ergò eorum hæredibus ſuccurritur, qui à Prætore impediti, & omni auxilio deſtituti, nec hæreditatem adire, nec agnoſcere ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem potuerunt.

Quarta & ultima noſtræ regulæ limitatio per 38
beneficium in integrum reſtitutionis contingit, ſi etenim minor viginti quinque annis ad teſtamentariam vel legitimam hæreditatem, aut ad bonorum poſſeſſionem vocatus poſt elapſum

tempus à teſtatore vel judice præfinitum , aut à Prætore datum propter inconſultam ætatis facilitatem antè aditam hæreditatem aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit , , poteſt ejus hæres ad hæreditatem adeundam , aut agnuſcendam bonorum poſſeſſionem reſtitui , beneficium etenim in integrum reſtitutionis , quod minori competere cœpit , qui jus adeundæ hæreditatis , aut agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis amiſit , ad ejus hæredem tranſmittitur ex regulâ textus in *l. non ſolum 6. de in integ. reſtit. l. minor 18. §. ult. cum leg. ſeq. de minor.* Similiter ſi quis cum Reipublicæ causá abeſſet , antè agnitam bonorum poſſeſſionem poſt tempus à Prætore datum deceſſerit , ejus hæres poterit ex *edicto ex quib. cauſ. maj.* ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem reſtitui expreſſus textus in *l. 1. C. de reſtit. milit.* quod ſic ſcilicet accipiendum eſt , ſi in integrum reſtitutionis beneficium abſenti ex eo competierit , quod cum bonorum poſſeſſionis agnoſcendæ animum haberet , eam propter abſentiam agnoſcere non potuerit , alioquin ſi conſulto , & repudiandæ ſucceſſionis animo , tempus petendæ bonorum poſſeſſionis elabi paſſus fuerit , jus in integrum reſtitutionis , quod ipſi nulla ratione competit ad hæredem transferre non poterit , ut advertit Anton. Faber *lib. 14. conject. cap. 1.* Verum ex eo gravis , nec ab Interpretibus prævifa difficultas occurrit , quod tempus agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis à Prætore præfixum utile ita eſt , ut ſinguli ejus dies utiles ſint , id eſt , nec ignoranti , nec petere non valenti currant , *l. 2. per tot. quis ord. in bon. poſſeſſ. ſerv. §. in petenda autem penult. inſtit. de bon. poſſeſſ.* ergò implicat omninò ut qui Reipublicæ cauſa abeſt , & propter abſentiam agnoſcere bonorum poſſeſſionem non potuit , poſt elapſum petendæ bonorum poſſeſſionis tempus deceſſiſſe dicatur , ac proindè quod in integrum reſtitutionis petendæ jus ad hæredem tranſmittat , ei enim qui propter abſentiam aut aliam quamlibet rationem petere bonorum poſſeſſionem non potuit , ejus petendæ tempus non currit diſertus textus in *l. quiſque 8. cod. qui adm. ad bon. poſſeſſ. non poſſ.* ac per conſequens nec reſtitutionis competit beneficium , quod non niſi fruſtra ei concederetur , qui communi jure adhuc petere bonorum poſſeſſionem non prohibetur , nullo igitur caſu vera eſſe poteſt deciſio textus in *dict. l. 1. C. de reſtit. milit.* Reſpondendum tamen judico , quod dicitur in petenda bonorum poſſeſſione , dies utiles ſingulos conſiderari exaudiendum ſic eſſe , ut illi dumtaxat dies numerentur , quibus ſibi bonorum poſſeſſionem competere aliquis ſcierit , & copia adeundi fuerit Prætoris , at cum quis ſibi competere bonorum poſſeſſionem ſcivit , & copiam adeundi Prætoris habuit , dies etiam illos , quibus propter rei familiaris neceſſitatem , abſentiam , aut probabilem aliam rationem petere bonorum poſſeſſionem non potuit , conſiderari certum eſt , alioquin nullus eſſet petendæ bonorum poſſeſſionis finis , & facilè quilibet probabilem cauſam prætexeret , propter quam bonorum poſſeſſionem petere non potuiſſet. Nec contrarium probat textus in *dict. l. 8. C. qui adm. ad bon. poſſeſſ.* cujus nova conſtitutio , quæ lata fuit antè *leg. ult. C. eod. tit.* omiſſa Cujacii emendatione *lib. 17. obſer. 3. cap. 19.* accipienda ſic eſt ut ſcilicet parentibus , agnatis aut cognatis ſucceſſuri , quamvis ſolemniter propter probabilem quamlibet rationem bonorum poſſeſſionem non petierint , ſi tamen eam interim quocumque modo agnoverint , ejus commodum non amittant , vel dici etiam poteſt conſtitutionem textus in *dict. l. 8.* poſt ſublatam petitionis formulam latam fuiſſe , & id ſpecialiter ſtatuiſſe , ut parentibus agnatis aut cognatis ſucceſſuri , etſi propter probabilem quamlibet rationem intra præfixum tempus nullo protsùs modo bonorum poſſeſſionem petierint , non ideò ab ejus commodo ſubmoveantur , prout utramque interpretationem doctiſſimè fundat Philippus Maſſinius in *dict. l. 8.* per integrum comment. contingere itaque facilè poteſt , ut qui Reipublicæ cauſa abeſt , ſibi competere bonorum poſſeſſionem ſciverit , & copia adeundi Prætoris aliundè habuerit , nec tamen propter abſentiam intra præfixum tempus petere bonorum poſſeſſionem potuerit , & tunc reſtitutionis indiget beneficio , quod ad hæredem ſine dubio tranſmittit , in quibus terminis procedere exiſtimo textum in *dict. l. 1. de reſtit. milit.*

Verum etſi qui Reipublicæ cauſa abeſt , ita 39
demum jus petendæ reſtitutionis ad hæredem tranſmittat , ſi poſt elapſum tempus antè agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit , ſi tamen ſe hæredem inſtitutum , aut ſibi bonorum poſſeſſionem competere ignorans , & ſic intra diem aditionis aut petendæ , vel ratæ habendæ bonorum poſſeſſionis deceſſerit , quamvis ſtricto jure attento reſtitutionem , quæ ſibi non competiit , ut potè qui jus adeundi , vel agnoſcendi bonorum poſſeſſionem propter abſentiam non amiſit , ad hæredem non transferat , ex humanitate hæredi ejus indulgendam reſtitutionem in *leg. Pannonius 86. in princip. hoc tit.* Papinianus decidit , & in eam rem utitur reſcripto Divi Pii , qui patri reſtitutionem indulſit , qui Romæ degebat legationis cauſa , & ſic Reipublicæ cauſa abſens , cum interim filius in Provincia manens à matre vel ab extero hæres inſtitutus ex defectu paterni juſſus adire hæreditatem non potuiſſet , & antè ejus aditionem deceſſiſſet , *l. cum quidam 30. in princip. hoc tit.* & ſic tacitè arguit. Pater in hujus modi caſu immediatè non propter abſentiam , ſed propter filii mortem commodum hæreditatis amiſit ; & tamen quia remotè ſaltem propter abſentiam læſus fuit , quatenus ſi abſens non fuiſſet , veriſimiliter ejus juſſu filius hæreditatem adiiſſet , abſque ulla diſtinctione , ſivè intra , ſivè poſt diem aditionis filius deceſſerit , in integrum reſtituitur ; ſimiliter ergo in præſenti quoties is , qui Reipublicæ cauſa abeſt , ignorans , & ſic intra diem adeundi vel agnoſcendi bonorum poſſeſſionem deceſſit , qui licèt proximè & immediatè propter mortem , remotè tamen & mediatè propter abſentiam commodum hæreditatis amiſit , quia ſi abſens non fuiſſet , ſe hæredem inſtitutum , aut ſibi competere bonorum poſſeſſionem ſciiſſet , & veriſimiliter hæreditatem adiiſſet , aut bonorum poſſeſſionem petiiſſet , ejus hæredi in integrum reſtitutionem concedi eadem expoſcit æquitatis ratio docent Cujac. *lib. 6. reſp. Papin. in dict. l. 86.* Petrus Barboſ. in *l. quia tali 13. ſolut.*

matrim. num. 55. *cum duobus ſeqq.* Vela *differt.* 11. *num.* 112. Retes 7. *opuſc. cap.* 5. *num.* 13. & qui cum Anton. Fab. *dict. lib.* 14. *conject. cap.* 1. ex profeſſo congreditur Larreateg. 2. *ſelect. cap.* 5. *num.* 10. *cum duobus ſeqq.*

40 Hinc inferri vulgo ſolet quod ſi aliquis major etiam viginti quinque annis hæres inſtitutus, vel ad legitimam hæreditatem, aut ad bonorum poſſeſſionem vocatus propter quamlibet abſentiam, aut probabilem aliam rationem antè aditam hæreditatem, aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ejus hæres ad hæreditatis aditionem aut bonorum poſſeſſionis agnitionem ex edicto, *ex quibus cauſis major* in integrum reſtituendus eſt, quam opinionem Cuſta in *l.* 9. §. *cum in bello de reb. dub.* verbo *Pater num.* 5. *&* 7. Petrus Barboſa *ubi nuper num.* 58. *cum tribus ſeqq.* Antonius Gomez 1. *var. cap.* 9. *num. ult.* & alii plures quos refert, & ſequitur Vela *dict. differt.* 11. *num.* 112. veriorem tamen contrariam ſententiam exiſtimo quam tenent Cujac. *dict. lib.* 6. *reſp. Papin. in dict. l.* 86. *hoc tit.* Anton. Faber *dict. lib.* 14. *conject. cap.* 1. Retes *dict. lib.* 7. *cap.* 5. *num.* 14. aſſerentes quod ſi minor viginti quinque annis intra diem aditionis, vel agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis propter probabilem aliquam cauſam antè hæreditatis aditionem, vel agnitionem bonorum poſſeſſionis deceſſerit, ejus hæres nec ex edicto de minoribus, nec ex generali illa edicti clauſula, *ſi qua juſta eſſe videbitur*, de qua in *l.* 1. §. 1. *in fin. ex quib. cauſ. maj.* in integrum reſtitui poterit idemque juris eſt, ſi major viginti quinque annis propter probabilem aliquam rationem (excepta abſentia Reipublicæ cauſa de qua ſolum loquuntur textus in *dict. l.* 86. *hoc tit.* & in *dict. l.* 1. *C. de reſtit. milit.*) ſivè antè, ſivè poſt elapſum tempus, antè aditam hæreditatem, aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit. Aſſumptum probat textus in *dict. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis* 11. *ad Tertyll.* ubi cum quis inteſtatus decedens matrem & poſthumum filium reliquiſſet, docet Ulpianus quod ſi natus filius ſuus hæres patri non exiſtat, ſi quidem antè acceptam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, defuncti matrem non excludit: ergo infantis qui intra præſtitutum terminum antè agnitionem bonorum poſſeſſionis deceſſit, hæredi in integrum reſtitutio denegatur. Hoc ipſum evincit expreſſior ſane & inevitabilis textus in *l. ſi infanti* 18. §. *ſin vero* 3. *C. de jur. delib.* ubi decidit Juſtinianus quod ſi infans eum vel tutorem non haberet, vel tutor ejus nomine hæreditatem adire, vel petere bonorum poſſeſſiem neglexiſſet, in ea ætate deceſſerit, hæreditas perindè habetur, ac ſi ipſi delata non fuiſſet, & ad eos ſpectat, ad quos perveniret, ſi infanti non fuiſſet delata: ergo nec in integrum reſtitutionis auxilium infantis hæredi conceditur. Sed dices infans in præſenti, quamvis immediatè propter mortem, mediatè tamen propter ætatis imbecillitatem læſus invenitur, ſi etenim major fuiſſet, veroſimiliter hæreditatem adiiſſet, eamque ad hæredem tranſmiſiſſet, ejus igitur hæres in integrum debet reſtitui ſaltem ex humanitate, de quâ in *dict. l.* 86. *hoc tit.* Reſpondeo humanitatem de qua in *dict. l.* 86. reſtringendam eſſe ad hæredes ejus, qui cum Reipublicæ cauſa abeſſet, ignorans intra diem aditionis deceſſit, cui ex defuncti perſona reſtitutio conceditur ex ſpeciali privilegio quod Reipublicæ cauſa inſtituta abſentia promeretur, nec extendi ad minoris hæredem oportere, nec magis ad ejus majoris hæredem qui propter juſtam aliquam aut probabilem rationem, quæ digna eodem privilegio non ſit antè aditam hæreditatem aut agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit ex regulâ textus in *l. quia vero* 14. *de legibus*, undè nec aliud erit dicendum, etſi propter ſubitam fatalitatem minor aut major prius quam hæreditatem adierit, aut agnoverit bonorum poſſeſſionem diem ſuum obierit, nec contrarium probant textus quibus præcipuè nituntur adverſarii in *l. qui duos* 9. *in princ. verſ. dixi ſi ordine l. cum impubere* 22. *cum leg. ſeq. de reb. dub.* quos ſuprà jam explicavimus *n.* 16. *cum duob. ſeqq.*

CAPUT SECUNDUM.

De tranſmiſſione hæreditatis ſuis hæredibus delatæ, juris accreſcendi, & cum eo conjunctæ ſubſtitutionis.

QUÆ integro præcedenti capite diximus, 1
in extraneis hæredibus obſervantur, ſui autem hæredes dicuntur, qui in poteſtate morientis fuerunt, & delatæ hæreditatis tempore primum in familia gradum obtinent, *l. poſthumorum* 13. *de injuſt. nupt.* §. *ſui autem* 2. *inſtit. de hæred. qual. & differ.* §. *ſui autem* 2. *verſ. ita demum inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* cum ipſo jure abſque ullo miniſterio hæredes potiùs appareant quam fiant, *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſt. l. in ſuis* 11. *de ſuis & legit.* adeò ut furioſi etiam vel ignorantes legis poteſtate hæredes exiſtant, *l. furioſus* 63. *hoc tit. l. liber homo* 20. §. 1. *de ſtipul. ſerv. l. ult.* §. *ſin vero* 2. *C. de curat. furioſ.* §. *ſui autem* 3. *inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. def.* paternam hæreditatem, quamvis ei ſe non immiſcuerint, imò etſi ſibi delatam ignoraverint ad hæredem tranſmittunt, *l. ſi quis filium* 7. §. 1. *hoc tit. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis* 11. *ad Tertyll. l. Lucius Titius* 9. *de jur. fiſci l. de hæreditate* 19. §. *filiusfamilias* 2. *de caſtr. pecul. l.* 3. *C. de jur. delib. l. apud hoſtes* 8. *C. de ſuis & legit. hæred.* quo & pertinet textus in *l. qui duos* 9. §. *cum in bello* 1. *&* §. *ult. de reb. dub.* ubi cum pubes filius ſubito eodem caſu cum patre ſimul periiſſet, reſcripto Divi Adriani cautum refert Tryphoninus, ut patrifamilias ſupervixiſſe, & ſic in inſtanti ſuus hæres extitiſſe paternamque hæreditatem tranſmiſiſſe credatur. Verum licèt conſtans apud omnes ſit, quod ſui hæredes, quamvis prius deceſſerint, quam ſe immiſcuerint, vel parentem diem ſuum obiiſſe cognoverint, paternam hæreditatem tranſmittant, an tamen tantum ad poſteros ſuos, an ad extraneos etiam hæredes tranſmittant, non æquè conſtat? Quam rem ut breviter expediam, ſtatuo cum Goffredo in *l.* 84. *hoc tit. ex num.* 4. *& aliis pluribus* quos referunt & ſequuntur Pichard. in *lect. ad noſt. tit. cap.* 31. *ex num.* 4. Valent. *lib.* 3. *illuſt. tract.* 3. *cap.* 2. *ex num.* 24. Vela *differt.* 11. *num.* 58. *cum tribus ſeqq.* quod ſui hæredes etiam ignorantes non modo ad poſteros ſuos, verum ad

quoſcumque extraneos paternam hæreditatem tranſmittunt, quippe cum ipſo jure etiam antè immixtionem hæredes exiſtant, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate 7. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. l. ſi poſt mortem* 68. §. 1. *de leg.* 1. non poſſunt non quam ipſo jure quæſierunt hæreditatem, ad extraneos etiam hæredes tranſmittere, quemadmodum extranei hæredes, quia adeundo, vel pro hærede gerendo hæreditatem acquirunt, ſi poſtquam adierint, vel pro hærede geſſerint, fuerint ab hac luce ſubſtracti, non poſſunt non ad quoſcumque hæredes acquiſitam hæreditatem tranſmittere, ut diximus *anteriori capite num.* 5. Sed & præter concludentem hanc juris rationem in promptu ſunt Conſultorum & Imperatorum deciſiones quæ noſtram ſententiam firmant, nam ex *dict. l. 9. §. 1. & ult. de reb. dub. dict. l. 9. de jur. fiſci dict. l. 8. de ſuis & leg.* expreſsè conſtat quod ſuus hæres etiam ignorans ad matrem quæ ipſi ex Senatus-Conſulto Tettylliano ſuccedit, paternam hæreditatem tranſmittit, ergò ſui hæredes etiam ignorantes non modo ad poſteros ſuos, verum & ad qnoſcumque hæredes paternam hæreditatem tranſmittunt. Expendo præterea nec forſan vulgariter vulgarem alioquin textum in *dict. l. 19. §. 9. de caſt. pecul.* ubi cum filiusfamilias paganus de caſtrenſi peculio ſupremum elogium condidiſſet, & dum ſe ſuum hæredem parenti extitiſſe ignoraret, deceſſiſſet, reſpondet Tryphoninus quod licet ſi miles fuiſſet, pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere potuiſſet, quia tamen paganus fuit, non potuit pro caſtrenſibus bonis teſtatus, & pro paternis inteſtatus decedere, ac per conſequens quod univerſa bona tam caſtrenſia, quam paterua ad teſtamentarium hæredem ſpectant, *perindè*, inquit, *ac ſi pauperrimus facto teſtamento deceſſiſſet, ignorans ſe locupletatum per ſervos alio loco agentes*; tunc ſic, quoties is, qui ſumma premitur egeſtate ſe locupletarum ignorans facto teſtamento decedit, univerſa bona, ea etiam quæ per ſervos ignorans acquiſivit, ad quemcumque hæredem etiam omninò extraneum traoſmittit, ut nullus ignorat, ergò ut teneat æquiparatio, dicendum ſimiliter eſt, quod ſuus hæres paternam hærediratem, quam etiam ignorans acquirit ad quemcumque hæredem tametſi penitùs extraneum tranſmittit.

a Nec veriſſimæ huic ſententiæ obſiſtunt texrus quibus utuntur contrariæ ſenteotiæ autores apud nuper relatos videndi in *l. ex militari* 11. §. *ult. cum leg. ſeq. de teſtam. milit.* ubi ſi filiusfamilias ignotans patrem ſuum deceſſiſſe de caſtrenſi peculio in militia teſtatus ſit, ad ejus hæredem non Patris bona, ſed ſola caſtrenſia pertinere, Ulpianus & Papinianus ſcribunt ea ſubjecta ratione, quia milites ea dumtaxat quæ habent ſcriptis relinquunt, quaſi docere videantur quod ſuus hæres paternam hæreditatem, quam ſibi delatam ignorat, tranſmittere ad extraneum hæredem non poteſt, nam facilè reſpondetur quod ubi filiusfamilias de caſtrenſi peculio teſtatus, & paternam mortem ignorans decedit, ſi quidem quæratur an univerſa, an vero caſtrenſia dumtaxat bona ad ſcriptum hæredem pertineant, ſequens erit adhibenda diſtinctio: aut jam paganus teſtamentum de caſtrenſi peculio condidit, & tunc univerſa bona tam paterna quam caſtrenſia ad teſtamentarium hæredem ſpectant, expreſſi ſunt textus in *l. idem eſt* 13. §. 1. *de teſtam. milit. dict. l. 19. §. 2. de caſt. pecul.* in quibus rei hujus rationem ex eo Conſulti deſumunt, quod Paganus non poteſt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere, & licèt dum paternam mortem ignoravit, de caſtrenſibus dumtaxat non etiam de paternis bonis ad hæredem transferendis cogitarit, & ſic ex caſtrenſibus non ex paternis bonis hæredem ſcripſerit, detracta tamen caſtrenſium bonorum mentione in univerſis bonis etiam paternis inſtitutio facta cenſetur ex regula textus in *l. 1. §. ſi ex fundo 4. de hæred. inſtit. l. quoties* 13. *C. eod. tit.* aut verò miles adhuc de caſtrenſi peculio teſtatus, & paternam mortem ignorans deceſſit, & tunc eum de caſtrenſibus, non etiam de patenis bonis ad hæredem transferendis ſenſerit, & hæredem ex caſtrenſibus ſolum bonis, non ex paternis bonis inſtituerit, poſſitque pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus privilegiario jure decedere, inſtitutio ad caſtrenſia bona reſtringitur ex regulâ textus in *l. ſi miles 6. de teſtam. mil.* nec ad paterna quæ teſtator ignoravit protrahitur argumento tectus in *l. ſi quis ita* 16. §. *ſi quis cum ignoraret 3. de teſtam. tut.* quæ ideo ad legitimum hæredem pertinebunt, eamque Ulpiani ſententiam fuiſſe in *dict. l.* 11. §. *ult. de teſtam. mil.* evincitur jam ex ratione illâ quæ in *dict. l.* 12. *ſeq.* ex Papin. ſubjicitur, quia ſcilicet milites ea dumtaxat quæ habent, id eſt, quæ ſe habere exiſtimant, & ſic quæ juxta ſuam opinionem habent, prout cum judicio Cujacius animadvertit, *lib. 6. reſponſ. Papin.* in eo textu ſcriptis hæredibus relinquunt; reliqua ergò bona quæ miles ſe habere ignorar, qualia in præſenti ſunt ſola paterna, non ad ſcriptum ſeu teſtamentarium, ſed ad legitimum hæredem ſpectant; jam ex eo quod in *dict. l.* 13. §. 1. *eod. tit.* idem Ulpianus ſub eadem inſcriptione, *lib. ſcilicet 45. ad edict.* oppoſitum caſum decideus quo filiusfamilias jam veteranus patrem ſuum deceſſiſſe ignorans de caſtrenſi peculio teſtatus deceſſit, præter eaſtrenſia paterna etiam bona ad ſcriptum non ad legitimum hæredem pertinere ideo ſcribit, quia veteranus teſtari ſolum de bonorum parte non potuit: ergò ſentit quod ubi in ejuſdem terminis adhuc miles de caſtrenſi peculio condidit teſtamentum, quia potuit de bonorum parte teſtari, & pro parte inteſtati exitum experiri, ad ſcriptum ſola caſtrenſia, ad legitimum ſola paterna debent pertinere, ſed & clarius hoc ipſum deducitur *ex dict. l. 13. in princip.* ubi idem eſſe Ulpianus ſubjungit, ſi filiusfamilias cum paternam mortem ignorans de caſtrenſi ſolum peculio reſtamentum condidiſſet, patrem deceſſiſſe ſciens mutare teſtamentum cogitaſſet non quidem eo animo, ut ſcripto hæredi caſtrenſia bona adimeret, ſed ut de paternis teſtaretur, & alium hæredem ſcriberet, & morte præventus teſtamentum non mutarit, quo ſanè caſu ſcriptus hæres caſtrenſia dumtaxat bona capit, paterna vero nec ad ſcriptum ex defectu voluntatis, nec magis ad alterum quem inſtituere teſtator in animo habuerat (nec enim ſola militis deſtinatio, imò uec ſiraplex quæcumque voluutas debet pro teſtamento obſervari propter Trajani Imperatoris reſcriptum,

Digitized by Google

quod extat in *l. Divus* 24. *de teſtam. mil.* & in §. 1. *inſtit. eod.*] ſed ad legitimum hæredem ſpectant : ſimiliter ergò juxta Ulpiani mentem quoties filiusfamilias adhuc miles paternam murtem ignorans de caſtrenſi peculio teſtatus deceſſit , paterna bona quæ capere ſcriptus hæres non poteſt ad legitimum hæredem ſpectant , unde *ex dict. l.* 11. §. *ult.* cum duabus legibus ſequentibus firmatur potius noſtra ſententia quam evertitur , cum in eorum ſerie ſuus hæres , quam ſibi delatam ignorat paternam hæreditatem indiſtinctè , vel ad extraneum etiam hæredem inſtitutum , vel ad legitimum quemlibet hæredem tranſmittat , quam interpretationem prævidiſſe videntur , quamvis non ſic Pichard. in *lect. ad noſt. tit. dict. cap.* 31. *num.* 9. & cum pluribus Retes *lib.* 5. *opuſc. cap.* 5. *num.* 11.

3 Quæ omnia non ſolum ſervantur , ubi filius , vel adhuc miles , vel jam veteranus eo tempore de caſtrenſi peculio fuit teſtatus , quo pater jam deceſſerat , ſed ex identitate rationis æquè procedunt , etſi ſuperſtite adhuc parente teſtatus fuiſſet , moxque ſubſequutam paternam mortem ignorans deceſſiſſet , in quibus terminis expreſſè loquitur Tryphoninus in *dict. l.* 19. §. 2. *de Caſtr. pecul.* & Ulpianum etiam loqui in *dict. l* 11. §. *ult. de teſtam. milit.* lex eo non ſine ratione poſſet ſuaderi, quod filius familias de Caſtrenſi peculio teſtatus in eo textu proponitur , eo igitur tempore teſtamentum condidit , quo pater adhuc ſuperſtes erat, alioquin poſt patris obitum non filius ſed pater familias , ut potè jam ſui juris factus , nec de caſtrenſi peculio , ſed de caſtrenſibus prius bonis teſtatus diceretur , cum Pater familias peculium habere non poſſit *l. pater familias* 182. *de verb. ſign.* in his autem terminis accepta Ulpiani ſententia expeditam illam habet rationem , quam præſtat Papinianus in *dict. l.* 11. *ſeq.* quia milites ea duntaxat quæ habent teſtamenti ſcilicet tempore , ſcriptis hæredibus relinquunt , reliqua vero bona quæ habent, ſeu acquirunt poſt factum teſtamentum ignorantes , veluti paternam hæreditatem ad legitimum, non ad teſtamentarium hæredem tranſmittunt ; nec tamen inficior ſuperiori numero traditam interpretationem poſſe defendi præcipuè cum Ulpianus filium familias,qui Patrem ſuum deceſſiſſe ignorabat , de caſtrenſi peculio in militia teſtatum proponat , & ſic poſt paternam mortem conditum teſtamentum ſignificet. Nec quod filius familias teſtatus de caſtrenſi peculio dicatur quidquam facit , tum quia teſtator , quamvis revera Pater familias jam eſſet , & caſtrenſia bona haberet , ſe tamen filium familias exiſtimabat , & juxta ſuam opinionem tanquam filius familias & de caſtrenſi peculio diſponebat , quemadmodum & ſubjectam à Papiniano rationem non ad rei, veritatem ſed ad militis opinionem referendam anteriori numero diximus , tum quia novum in jure non eſt, ut ex præterito rerum denominatio deducatur , cum & pupilla appelletur ; quæ quondam fuit *it l. ult. de leg.* 1. *cum ſimilibus* inſula quæ ante fuerat in *l. inſula* 56. §. 1. *in fin. de acquir. rer. dom.* & in terminis caſtrenſe peculium, quod ante fuit in *l.* 1. §. *nec caſtrenſe* 15. *de collat. bon.* ſic ergo & in præſenti ex præterito filius familias de caſtrenſi peculio teſtatus impropriè dicitur , qui revera jam Pater familias fuit de caſtrenſibus bonis teſtatus. Ex his vero interpretationibus , quarum quælibet poteſt defendi, quamcumque retineas , ſemper invenies textus in *dict. l.* 11. §. *ult. cum duabus legibus ſequentibus de teſtam. mil.* noſtram ſententiam fulcire , cum in utraque ſuus hæres paternam hæreditatem, quam ſibi delatam ignoravit , vel ad teſtamentarium , quamvis extraneum , vel ad legitimum quemlibet hæredem tranſmittat.

Sed nec magis ſententiam noſtram oppugnant textus in *dict. l. ult.* §. 2. *C. de curat. fur.* & *in l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. delib.* in quibus aſſerit Juſtinianus quod ſui hæredes , ſive ſcientes ſive ignorantes , ſi antè immixtionem deceſſerint paternam hæreditatem ad ſuam poſteritatem tranſmittunt ; nam reſpondendum eſt , quod licet. ſi propriè & ſtrictè loquendum ſit , poſterorum appellatione ſoli deſcendentes comprehendantur, vel propter teſtantis voluntatem , vel propter legis diſpoſitionem *l. quod his verbis* 83. §. 1. *de leg.* 3. *l. ſcimus* 36. §. *ult. in fin. C. de inoff. teſtam. cum ſimilibus* , impropriè tamen ſeu largiùs ſumpta poſterorum appellatio quoſcumque hæredes aut ſucceſſores , quamvis penitus extraneos , quos Pater familias reliquit juxta ſubjectam materiam denotare conſuevit , idque in *dict. l.* 19. *C. de jur. delib.* Juſtinianum ſenſiſſe illud oſtendit , quod Imperator jus tranſmiſſionis , quo antiquo etiam jure ſui hæredes gaudebant intra tempus deliberandi ad quoſcumque ſucceſſores , ſive agnatos ſive cognatos ſive penitus extraneos extendit , ſed poſt Juſtinianeam illam ſanctionem teſtamentarius vel legitimus quilibet hæres intra deliberandi tempus decedens jus deliberandi & hæreditatem adeundi non ad liberos ſolum, verum & ad quemcumque ſucceſſorem quamvis penitus extraneum tranſmittit , ut colligitur *ex dict. l.* 19. & ſequenti capite dicemus ergo juxta Juſtiniani mentem ſuus hæres ſive ſciens ſive ignorans non modo ad liberos , verum & ad quemcumque hæredem licèt omnino extraneum paternam hæreditatem tranſmittit, docent Goffred. *in dict. l.* 84. *hoc tit. n.* 8. & cum aliis Valent *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 34. Denique nec contrariam opinionem probat textus in *l. un. C. de his qui antè apert. tab. hæred. tranſm.* quem ſequenti capite ex profeſſo exponemus. 4

Hæc autem paternæ hæreditatis tranſmiſſio quæ ex vi ſuitatis dimanat , locum habet , ſive jus civile attendamus quod ſuitati neceſſitatis adjicit qualitatem , ſive Prætorium quod ſuis hæredibus abſtinendi beneficium indulſit *l. neceſſariis* 57. *hoc tit. cum ſimil.* nam ſuus hæres non eo minus ipſo jure etiam ignorans hæres exiſtit , quod poſſit Prætoris beneficio uti, & ſe paterna hæreditate abſtinere ut expreſsè Ulpianus decidit in *dict. l.* 1. §. 7. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* etenim illis qualitatibus ſuitatis ſcilicet & neceſſitatis , quarum prima in liberorum favorem , ſecunda in defuncti parentis gratiam civile jus introduxit, ſuitatem Prætor non ademit , dum abſtinendi beneficium conceſſit, ſed ſolam neceſſitatem liberis oneroſam relaxavit , ut potè cui propoſitum fuit liberos ab oneribus hæreditariis non ſpontè ſuſceptis liberare , non invitos ab hæreditate removere, ut ſolita elegantia dixit Papinianus in *l. ſi filius qui patri* 12. *de vulgar.* ſed paternæ hæreditatis tranſmiſ- 5

ſio non neceſſitatis præcisè ſed ſuitatis præcipuus effectus eſt, ut ex eo liquet quod ſuitas acquiſitionem, neceſſitas vero retentionem importat,& acquiſitio per ſe ſola, neceſſitate ſecluſa poteſt tranſmiſſionem inducere; ſuus igitur hæres etiamſi inſpecto jure Prætorio ſe poſſit abſtinere, paternam hæreditatem, quamvis ei ſe nondum immiſcuerit, ſive ſciens ſive ignorans ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittit, ut probant textus adducti *num.* 1. & quotquot de paternæ hæreditatis tranſmiſſione loquuntur, quorum autores ſuis hæredibus à Prætore indultum abſtenſionis beneficium ignorare non poterant, & tamen nullo civilis, Prætoriive juris diſcrimine habito, ſuos hæredes ad quemcumque ſucceſſorem paternam hæreditatem tranſmittere ſecurè decidere. Nec quod ſuus hæres poſt inductum à Prætore abſtenſionis beneficium ad extranei conditionem redigatur, emancipato æquiparetur, ac perindè cenſeatur, ac ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberet juxta Julianum *in l. nam nec emancipatus* 89. *de leg.* 1. poteſt paternæ hæreditatis tranſmiſſionem impedire, nam Prætor dum abſtinendi beneficium induxit non abſolutè (nec enim jus civile potuit infringere) ſuum hæredem ad extranei conditionem redegit, ſed ad eum ſolum effectum, ut ab oneribus hæreditatiis non ſpontè ſuſceptis eum liberaret, quo ſenſu intelligendus eſt textus *in dict. l.* 89. quoad ea autem omnia quæ ſui hæredis favorem reſpiciunt illibatum jus civile reliquit, ac proindè tranſmiſſionis effectum liberis proficuum intactum etiam ſervavit ut fundant Anton. Gomez. 1. *var. cap.* 9. *n.* 23. & cum pluribus Valent. *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 32. *cum ſequenti.*

6 Undè illud jam quæritur utrum ſcilicet ſuus hæres ante immixtionem decedens, quemadmodum Prætorio etiam jure attento paternam hæreditatem, ſic & abſtinendi beneficium ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittat? in qua re verior, communiorque ſententia quam amplexantur nuper in anterioris numeri fine laudati & præter ab ipſis congeſtos Goffredus *in dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* Coſta *in cap. ſi pater* 2. *part. verbo ac deinde filio n.* 23. *& in §. cum in bello verb. bona vindicaret n.* 3. *in fin.* Cald. Pereira *in l. ſi curatorem* 3. verbo *ſine curatore n.* 27. *C. de in integ. reſtit. min.* Vela *dict. diſſert.* 11. *n.* 45. tenet ſuum hæredem ante immixtionem decedentem ſicuti paternam hæreditatem ſic & abſtinendi beneficium ad quemcumque ſucceſſorem, tametſi penitus extraneum tranſmittere; ſed quia interpretes aſſertionem hanc ſupponunt magis, quam fundant, eam ſtabilire opus eſt, quod ut præſtem prius fundamenta quibus ſeductus Benedict. Pinell. 1. *ſelect. cap.* 13. *ex n.* 17. *uſque ad num.* 28. noviter contendit ſuum hæredem qui ante immixtionem deceſſerit, abſtinendi beneficium ad ſuos duntaxat, & neceſſarios, non vero ad extraneos hæredes tranſmittere, proponere duxi, ex quorum ſolutione communis, noſtræque ſententiæ veritas conſtabit. Expendit 1. Pinellus textum in *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* ubi docet Paulus, quod ſi filius ſe patri hæredem extitiſſe ignorans relicto filio ſuo, neceſſarioque hærede deceſſerit, nepoti abſtinere ſe ab avi hæreditate ideò permittitur, quia & ejus patri, ſi ſuperſtes eſſet, idem tribueretur: ergo extraneo filii hæredi abſtinendi beneficium denegatur, ut clarius inſinuare idem Conſultus videtur in *dict. l.* 7. §. *ult.* dum ſtatim ſubjicit quod in omni ſucceſſione, qui ei hæres extitit, qui Titio hæres fuerat, hæreditates ſeparare non poteſt: ergo inter ſuos & extraneos hæredes diſcrimen illud conſtituit quod ſcilicet ad ſuos non ad extraneos abſtentionis tranſmittitur beneficium. Deinde à juris ratione Pinellus ſic arguit: Prætor ut civilis juris ſeveritatem mitigaret ſuis hæredibus abſtinendi beneficium indulſit ut ſic defuncti potius parentis, quam ipſorum bona à creditoribus poſſideantur & diſtrahantur *dict.* §. 2. *in fin. de hæred. qual. & differ.* hujuſmodi igitur beneficium, cui ſui hæredis perſonæ conditio locum facit perſonale eſt: ergo ad ſuos duntaxat non etiam ad extraneos hæredes debet tranſmitti, cum ea ſit perſonalis beneficii natura ut ad ſuos non ad extraneos hæredes tranſmittatur ut probant textus *in l. maritum* 12. *cum. l. ſeq. l. etiam filios* 18. *in prin. ſol. matrim.*

7 Quibus Pinelli fundamentis ut ordine ſatisfaciam, reſpondeo textum in *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* ſolum probare quod ſuus hæres etiam ignorans ſicuti paternam hæreditatem, ſic & abſtinendi beneficium ad ſuum hæredem tranſmittit, nec tamen ideo negare, quod ad extraneum hæredem poſſit hujuſmodi beneficium tranſmitti, præcipuè cum una eademque juris ratio quoad hanc partem circa extraneum & circa ſuum hæredem verſetur, ut ſtatim dicemus, nec aliud ſibi voluit Paulus in *dict. l.* 7. §. *ult.* qui dum ait quod in omni ſucceſſione, qui ei hæres extitit, qui Titio hæres fuerat ſeparare hæreditates non poteſt, ſed vel utramque debet habere, vel neutram, accipiendus de eo caſu eſt, quo Titii hæreditas per aditionem fuerit defuncti patrimonio conjuncta, nec ad abſtinendi beneficium poteſt referri. Unam autem eandèmque rationem, quoad hanc partem circa extraneum & circa ſuum hæredem verſari ſic probo: abſtinendi beneficium (ut jam alterum Pinelli fundamentum diſſolvam) quamvis à Prætoria æquitate contra civilis juris ſeveritatem inductum, non perſonæ cohæret, ſed cauſæ, alioquin parum providenter ſuis hæredibus Prætor proſpexiſſet, quorum ad quemcumque hæredem quamvis extraneum abſtinendi beneficium tranſmitti maximè intereſt, tranſmiſſione etenim ad extraneum hæredem denegata, metu onerum Patris, timidius extraneus hæres filii hæreditatem adiret, & evenire facilè poſſet, ut ſuus hæres ſine hærede decederet, ut ad rem aliam aiebat conſultus in *l. Julianus* 42. *hoc tit.* quem textum etiam expoſui *in Academ. de Pupill. cap.* 4. *n.* 21. *cum duob. ſeqq.* debet igitur abſtenſionis beneficium ad extraneum non minus, quam ad ſuum hæredem tranſmitti. Rurſus ſi abſtinendi beneficium perſonæ, non cauſæ fuiſſet conceſſum, nec ad ſuum hæredem poſſet tranſmitti cæterorum perſonalium jurium & privilegiorum exemplo, quæ cum perſona extinguuntur, nec ad hæredem quamvis ſuum & neceſſarium tranſmitteretur, ut notum eſt, ſed abſtinendi beneficium ad ſuum hæredem tranſmittitur *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* cauſæ igitur potius quam perſonæ cohæret, ac per conſequens ad extraneum hæredem poteſt transferri. Nec tunc obſtat quod beneficium exceptionis, quod facere poteſt, quod marito competit, ſi quidem

Digitized by Google

dem ab uxore ex dotis vel alia cauſa conſtante matrimonio geſta conveniatur, quamvis tanquam perſonæ tributum ad extraneum hæredem non tranſmittatur *dict. l.* 12. *cum leg. ſeq. ſolut. matrim.* ad ſuum tamen hæredem transfertur *dict. l.* 18. *in princip.* nam licet hujus textus autoritate decepti plures, quos referunt & ſequuntur Oſſuald. ad Donell. *lib.* 27. *comment. cap.* 9. *litt. V.* & Retes *de donat. cap.* 20. *num.* 3. crediderint ejus exceptionis beneficium ad ſuum & neceſſarium hæredem tranſmitti, verior tamen contraria ſententia eſt quam tuentur Goffredus in *dict. l.* 18. & D. Gonzal. in *cap. Oduardus* 3. *de ſolut. num.* 9. Olea *in noviſſimis ad ſuum tractatum additionibus ad tit.* 4. *quæſt.* 9. *num.* 25. nec offendit textus in *dict. l.* 18. qui ſolum aſſerit, quod omnes filii ex eodem videlicet matrimonio procreati, ſi quidem hæredes patri extiterint, & à matre ſua de dote conveniantur, eo gaudent beneficio, ut in id dumtaxat quod facere poſſint, condemnentur, non quidem ex perſona patris, tanquam ejus hæredes [nec enim perſonalia privilegia poſſunt ad ſuos adhuc hæredes tranſmitti] quamvis aliquando idem beneficium quod parentibus indultum fuerat, eorum liberis ex imperiali indulgentia non tanquam hæredibus, ſed tanquam liberis ſolear indulgeri juxtà textus ſic intelligendos in *l. moris* 9. §. *parentes* 12. *cum tribus §. ſeqq. de pœnis l.* 3. *de veteranis l. aſſiduis* 12. §. 1. *verſ. exceptis C. qui pot. in pign. cum ſimil.* juncto Pichardo in §. *fuerat* 29. *inſtit. de action. num.* 54. ſed ex propriis perſonis quatenus à matre ſua conveniuntur certi juris ſit parentibus & liberis ex quacumque cauſa conveniantur, exceptionem illam competere, ut in id ſolum quod facere poſſint condemnentur, *l. ſunt qui* 16. §. *ult. l. cum ex cauſa* 30. *de re judic.* at in *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* nepos qui patri hæres extitit non ex propria, ſed ex defuncti parentis perſona, & ſic tranſmiſſionis jure poteſt ſe ab avi hæreditate abſtinere, ut conſtat ex textus littera, quod evincit manifeſtè abſtenſionis beneficium non perſonæ, ſed cauſæ conceſſum eſſe, & ad extraneum hæredem non minus, quam ad ſuum hæredem transferri oportere.

8 Hoc ipſum ex ſequentibus roboratur, quia ſervus qui ex eodem teſtamento libertatem & hæreditatem nanciſcitur, neceſſarius hæres exiſtit, quin abſtentionis fungatur beneficio *dict. l.* 57. §. *ult. hoc tit.* nec ejus utique hæres poteſt eam hæreditatem recuſare, expreſſus & ſingularis textus in *l. poſtulante* 44. *ad Trebell.* ergo ex contrario quia ſuus & neceſſarius hæres poteſt ſe paterna hæreditate abſtinere, cuicumque ejus hæredi ſive extraneo, ſive ſuo, tranſmiſſionis jure idem abſtentionis competit beneficium. Expendo præterea textum in *l. is qui* 56. *junct. l. praeced. hoc tit.* ubi ſi aliquis ex hæredibus extraneus vel ſuus hæreditatem adierit, vel ei ſe immiſcuerit, ſi quidem ſuus alter & neceſſarius hæres poſtea ſe abſtinuerit, non ideò accreſcentem portionem invitus ſuſcipere cogitur, imò gaudet eo beneficio, ut aut totam agnoſcat hæreditatem, aut à totà recedat, ſeu ſe abſtineat, idque beneficium ad extraneum non minus quam ad ſuum hæredem tranſmittit, ergo & ſuus hæres abſtentionis quo fungitur beneficium, debet ad quemliber hæredem tranſmittere. Nec argumenti vim Pinellus eludit *dict. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 28. dum reſpondet, quod abſtentionis beneficium de quo in *dict. leg.* 55. & 56. ſicuti cuicumque hæredi quamvis extraneo competebat, ſic ad quemcumque hæredem transfertur, ad ejus abſtentionis beneficii diſcrimen de quo noſtra diſputatio eſt, quod quemadmodum ſolis hæredibus ſuis competit, ſic ad ſuos ſolum hæredes debet transferri, nam quam infirma ſit hæc evaſio, illud oſtendit, quod ſi ideo abſtentionis beneficium ad ſuos dumtaxat hæredes tranſmitteretur, quia ſolis ſuis hæredibus competit, dicendum etiam foret quod ſui hæredes, quia ſoli paternam hæreditatem etiam ignorantes acquirunt eam ad ſuos dumtaxat hæredes, non ad extraneos tranſmitterent, quod nec Pinellus admitteret, & quam ſit abſurdum conſtat ex *nuper dictis num.* 1. *cum tribus ſequentibus*, utrumque itaque abſtentionis beneficium propter rationis identitatem, quia videlicet cauſæ magis, quam perſonæ cohæret ad extraneum non minus, quam ad ſuum hæredem tranſmittitur; Aſſumptum denique legati paritas ſuadet, quod ſi legatarius poſt diem cedentem antè agnitionem deceſſerit, ejus hæres quamvis extraneus, ad quem tranſmiſſionis jure pertinet, agnoſcere vel repudiare liberè poteſt, ut *ex l. ſi fundum* 81. §. *ſi Titius* 6. *de leg.* 1. *cum ſimil.* dicebam *praeced. cap. num.* 35. *circa fin.* ſimiliter ergo ſi ſuus hæres antè immixtionem deceſſerit, ejus hæres quamvis extraneus ex defuncti perſonâ poterit ſe paternæ hæreditati immiſcere, vel ab eâ, ſi hoc elegerit, ſe abſtinere.

Nec contrarium probat textus quo tandem uti Pinellus videtur *dict. cap.* 13. *num.* 30. *in l. ſed ſi plures* 10. *filio* 2. *de vulgar.* ubi ideo is, qui filio ex aſſe hæredi inſtituto pupillariter fuit ſubſtitutus ſeparare hæreditates non poteſt, quia impubes filius paternæ ſe hæreditati immiſcuerat, ut colligitur; non ex eo quod patri hæres extitiſſe proponitur, cum ſola ſuitatis vis etiam antè immixtionem ad hæredis exiſtentiam inducendam ſufficiat, ſed eo potiùs quod paterna hæreditas pupillari dicitur juncta eſſe cæpiſſe, quod de effectiva utriuſque hæreditatis conjunctione, quæ per immixtionem demum contingit, accipiendum eſt cum Valent. *lib.* 3. *illuſt. tract.* 1. *cap.* 7. *num.* 20. alioquin ſi impubes filius antè immixtionem deceſſiſſet, poſſet pupillaris ſubſtitutus ejus hæres abſtentionis beneficio uti; & paterna hæreditate omiſſa pupillarem ſolum amplecti, licèt contrarium immerito contendat Petrus Barboſa in *l. ſi filius qui patri* 12. *de vulgar. ex num.* 51. cui ex jam dictis facilè occurri poterit, ſi dicas abſtinendi beneficium in merâ & ſimplici facultate paternam hæreditatem omittendi ſuis hæredibus conceſſa conſiſtere, igitur nec in bonis eſt, nec ad hæredem ſivè extraneum, ſivè ſuum & neceſſarium poteſt tranſmitti ex *dictis anteriori cap. num.* 6. *cum duobus ſequentibus.* Dupliciter reſpondebo primò, quod etſi abſtinendi beneficium in bonis non eſſet, quod tamen negandum eſt, ad hæredem adhuc ſivè ſuum & neceſſarium poteſt tranſmitti, non quidem ſi per ſe ſolum inſpiceretur, ſed tanquam cum paternâ hæreditate conjunctum, quæ illud tranſmiſſibile redderet, ſicuti & repu- 9

diandi legati facultas, quæ in bonis non eſt, cum tranſmiſſibili legato conjuncta redditur tranſmiſſibilis. Secundò & meliùs, quod abſtinendi beneficium in exceptione conſiſtit, qua ſuus hæres indiget, ut ab hæreditariis oneribus, quibus ipſo jure obſtringitur, liberetur, paterni enim creditores ſuum hæredem etiam ante immixtionem jure conveniunt, qui poterit abſtentionis exceptionem opponere, & hæreditarias actiones eludere, ot contra Barboſ. & antiquiores alios quibus ſubſcribit Anton. Gomez 1. *var. cap.* 9. *num.* 21. ex profeſſo fundat Anton. Faber *de err. decad.* 31. *err.* 10. quo ſenſu Proconſulem, ſeu Prætorem in ſuum hæredem actionem non dare dicitur, ſi velit hæreditarem relinquere in *dict. l.* 57. *hoc tit.* quia inſpecto effectu per abſtentionis beneficium hæreditariæ actiones infirmantur ex generali regulâ textus in *l. nihil intereſt* 1r2. *de reg. jur.* unde eum in exceptione abſtinendi beneficium conſiſtat in bonis ſui hæredis eſt, juxta regulam textus in *l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. dom.* & ad quemcumquu ſucceſſorem transfertur, ſivè ſciens, ſivè ignorans ſuus hæres antè immixtionem deceſſerit, nec enim ex eo quod ſciens ſe non abſtinuerit, ſe immiſcere voluiſſe cenſendus eſt, niſi voluntatem expreſſerit, aut eum actum exercuerit, qui in extraneo hærede pro hæredo geſtionem induceret *l. cum in bon.* 87. *hoc tit.* quidquid dicat Anton. Fab. *dict. decad.* 31. *error.* 9. *num.* 12. *cum ſeqq.*

10 Sed licet ſuus hæres antè immixtionem decedens paternam hæreditatem, tam Prætorio quam civili jure inſpecto indiſtinctè ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittat, bonorum poſſeſſionem vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ſibi competentem, ſi nondum agnoverit, nec ad extraneum, nec ad ſuum hæredem tranſmittit in veriori ſententia, quam amplectuntur Anton. Gomez 1. *var. cap.* 9. *num.* 45. Bellon. *de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 46. *num.* 62. *cum ſeq.* & Vela *diſſert.* 11. *num.* 102. & ex qoibus dexterè fundar Philippus Maniſſus in *l. infantis* 3. *C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ. ex num.* 57. *uſque ad num.* 85. Suus hæres non prius bonorum poſſeſſionem acquirit, quam eam agnoverit, alioquin ſi ignorans etiam & invitus bonorum poſſeſſionem acquireret, quod juri repugnat, nam bonorum poſſeſſio invito nemini acquiritur, ut dicitur in *l.* 3. §. *invito* 3. *de bon. poſſeſſ.* quæ univerſalis negativa propoſitio ad ſuos etiam hæredes ſpectat, quia cum jus prætorium ad civilis diſcrimen non ipſo jure operetur, ſed factum deſideret §. *quos autem* 2. *inſtit. de bon. poſſeſſ.* nec ſuus utique hæres prius poteſt bonorum poſſeſſionem acquirere, quam eam apud Prætorem agnoverit, ergo nondum agnitam bonorum poſſeſſionem, & ſic nondum acquiſitam ad hæredem non transfert. Deinde ſi ſuos hæres etiam ignorans ipſo jure bonorum poſſeſſionem acquireret, elapſo anno non excluderetur ab unde liberi bonorum poſſeſſione, nec enim negligens dici poſſet ob non agnitam bonorum poſſeſſionem, quam agnoſcere neceſſe non haberet, ut patet: atqui ſi ſuus hæres intra annum unde liberi poſſeſſionem non agnoverit, ab ejus excluditur beneficio, & ex ſucceſſorio edicto quaſi ſibi ſuccedens ſolum ad unde legitimi bonorum poſſeſſionem admittitur: expreſſus textus in *l.* 1. §. *ſed videndum* 11. *de ſucceſ. edicto*, ergo non ipſo jure, ſed per agnitionis factum bonorum poſſeſſionem acquirit, ergo ante agnitionem decedens ad hæredem bonorum poſſeſſionem non transfert. Nec contrariæ opinioni faver textus in *dict. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis* 11. *ad Tertyll.* ubi ſi ſuus hæres etiam ante acceptam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, defuncti parentis matrem excludit, ex quo inferri videtur, quod & nondum agnitam poſſeſſionem, decedens ad hæredem tranſmittit, nam faciliter reſpondetur, quod ideo ſuus hæres antè acceptam bonorum poſſeſſionem decedens defuncti parentis matrem excludit, quia licet nondum poteſtate acceptam bonorum poſſeſſionem ad hæredem non transferat, paternam tamen hæreditatem jure civili ſuitatis poteſtate etiam ignorans ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittit, ad defuncti autem parentis matrem excludendam longè vel ſalrem æque potens eſt paternæ hæreditatis ipſo jore, quam acceptæ bonorum poſſeſſionis tranſmiſſio. Eodem modo Philippi Maſſin. omiſſis interpretatiooibus intelligo textum in *l. emancipata* 4. *C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ.* ubi quod Imperatores reſcribunt, quod emancipata ſi non agnovit intra annum unde liberi poſſeſſionem, nullam ad hæredes vindicationem ſucceſſionis tranſmittere potuit, arguit quidem inter emancipatos & ſuos hæredes quoad tranſmiſſionem diſcrimen quod tamen in eo eſt, quod emancipati ſi quidem ante agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerint, nullam ad bæredem vindicationem ſucceſſionis tranſmittunt, non civilem ex ſuitatis defectu, non prætoriam propter nondum acceptam bonorum poſſeſſionem,. ſui autem hæredes quamvis ante petitam bonorum poſſeſſionem decedentes, prætoriam ſucceſſionis vindicationem ad hæredes non transferant, jure tamen civili ſuitatis poteſtate paternam hæreditatem, ejuſque civilem vindicationem ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittunt.

Expendi etiam pro noſtrâ ſententiâ ſolet difficillimus textus in *l.* 1. §. *ibidem Julianus* 8. *de collat. bon.* ubi ſi filius in poteſtate exiſtens hæres inſtitutus præterito fratre emancipato ante acceptam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ejus hæredem Prætor tuetur pro eâ parte ex quâ ipſe fuit inſtitutus ad collationem autem non admittit, quia bonorum poſſeſſio admiſſa non eſt, cujus rei rationem ex eo pendere præcedenti numero laudati Gomezius & Maſſinius arbitrantur, quod ſuus hæres non magis collationis emolumentum, quam nondum agnitam bonorum poſſeſſionem potuit ad hæredem tranſmittere. Falluntur tamen, nam textus in *dict. l.* 1. §. 8. non procedit ubi ſuus hæres prius quam ipſe peteret bonorum poſſeſſionem deceſſit, quod parum referret quippe ſuus hæres, quemadmodum etiam ignorans paternam hæreditatem jure civili ſuitatis poteſtate ad hæredem tranſmittit, ſic & collationis commodum, & ſi bonorum poſſeſſionem non agnoviſſet, ad quemcumque hæredem transferret *l. ſi maritus* 14. *C. de collat.* quamvis immeritò diſtinguat Pinellus *dict. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 25. Sed de eo potius caſu loquitur, quo ſuus hæres antequam præteritus emancipatus contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoviſſet, deceſſit, & tunc quamvis 11

Digitized by Google

ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittat, commodum collationis non transfert, quia cum emancipatus non antè ſit oneri collationis obſtrictus quam bonorum poſſeſſionem acceperit, *l. 3. in princip. de collat. bon.* nec antè ſuus hæres commodum collationis acquirit, quod ad hæredem non ideò transfert prout omiſſis Goffred. & Cujac. in *dict. l. 1. §. 8.* eum textum eleganter accepit doctiſſimus noſter anteceſſor D. Joannes Altamirano in *M. S. ad quæſt. Scæb. ſub lib. 15. in l. ſi filius* 10. *de collat. bon. num.* 15. Sed illa tunc ab Interpretibus omiſſa difficultas occurrit, quod ſui hæredis hæredem pro ea parte Prætorem tueri, pro quâ ipſe fuit ſcriptus in *dict. l. 1. §. 8.* ex Juliano Ulpianus affirmat, ergo ſentit quod ſuus hæres etiam nondum agnitam bonorum poſſeſſionem ad hæredem tranſmittit, alioquin ſi tranſmiſſio ex civili, non ex prætorio jure ortum duceret, ſui hæredis hæredem pro parte, ex quâ ipſe hæres inſtitutus, non Prætor ſed legis poteſtas tueretur. Verum reſpondeo dici poſſe in *dict. l. 1. §. 8.* ſuum hæredem, poſtquam commiſſo edicto contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoverat, deceſſiſſe, & agnitam bonorum poſſeſſionem ad hæredem tranſmiſiſſe, quem ideò Prætorem tueri Ulpianus aſſeruit, vel reſponderi & melius forſan poterit, quod etſi ſuus hæres antè agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſiſſet, ejus hæredem pro parte ex quâ ipſe fuit inſtitutus, Prætor tuetur, non quidem per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ non agnita tranſmitti juxta noſtram ſententiam non potuit, ſed per exceptionis beneficium quod ſic explico. Quoties emancipatus frater præteritus contra tabulas poſſeſſionem bonorum accepit, ſuum hæredem ope exceptionis pro eâ parte Prætor tuetur, ex quâ fuit inſtitutus, eo jure quo potuit commiſſo edicto contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, *l. is qui in poteſtate* 15. *§. 1. verſ. de ſcripto de leg. præſt.* junct. Retes in *adverſar. de leg. præſt. cap. 9. num.* 5. quod ſi extraneus eſſet, ab emancipato bonorum poſſeſſione petita, nihil ex hæreditate retineret, *l. cum emancipatus* 13. *in princip. de bon. poſſeſſ. cont. tab.* Hinc ſi poſtquam ſuus hæres deceſſerit, emancipatus frater contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoverit, & univerſa paterna ad ſe pertinere contendat, ſui hæredis hæres ad quem jure trenſmiſſionis portio paternæ hæreditatis ſpectat, ex defuncti perſonâ poteſt exceptionem opponere, & emancipatum fratrem ſubmovere, quia licet extraneus ipſe ſit, ſui hæredis, cui ſucceſſit perſonam repræſentat, nec æquitati conſonum eſſet, ut ab emancipato poſt ſui hæredis obitum accepta contra tabulas bonorum poſſeſſio tranſmiſſionis effectum impediret, cum ergò in *dict. l. 1. §. 8.* ſui hæredem, non per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, ſed per exceptionem Prætor tueatur, nihil ex eo textu poteſt deduci, quod vel leviter ſententiam noſtram offendat.

12 Quæ de paternæ h ereditatis tranſmiſſione ex vi ſuitatis dimananti hucuſque tradidimus, ubi ſuus hæres purè à parente fuit inſtitutus, aut ad inteſtatam hæreditatem fuit vocatus citra omnem controverſiæ aleam procedunt, at ſi fuerit ſub conditione inſtitutus, an interim pendente conditione decedens paternam hæreditatem tranſmittat, difficilis nec injucundæ inſpectionis eſt. Et quidem ſi filius ſuus hæres ex aſſe fuerit ſub poteſtativa conditione inſtitutus, multum intereſt, an ea ſit conditio quæ perſonale factum expoſcat, & moriente filio impleri non poſſit, veluti ſi Alexandriam ierit, an vero quæ perſonale factum non deſideret, & extremo etiam vitæ momento poſſit filii nomine per alterum adimpleri, veluti ſi Titio decem dederit, nam ſi filius ſuus hæres ſub ea poteſtativa conditione ex aſſe fuerit ſcriptus, quæ eo moriente impleri non poſſit, ſi quidem ante ejus implementum deceſſerit, extremo vitæ momento Patri ab inteſtato ſuus hæres exiſtit & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit: expreſſus textus *in l. apud Julianum 5. de hæred. inſtit. l. ult. verſ. quod ſi neminem de condit. inſtit.* quia licet filius antè ultimum vitæ momentum nec ex teſtamento hæres extitiſſet, ob non impletam poteſtativam conditionem, quæ hæreditatis delationem & ſuitatis poteſtatem, uſquedum adimpleatur ſuſpendit *l. conditionibus 5. de condit. & demonſt.* nec magis ab inteſtato propter teſtamentariæ ſucceſſionis ſpem, quæ quandiu perſeverat ab inteſtato hæreditatem deferri non patitur *l. quandiu 39. hoc tit. cum ſimil.* extremo tamen vitæ momento quo certum per rerum naturam eſſe incipit, poteſtativam conditionem nec adimpletam eſſe, nec adimpleri jam poſſe, ex ejus defectu teſtamenti cauſa deſtituitur, inteſtati cauſa ſuccedit, & filius ſola legis poteſtate ab inteſtato hæres exiſtit, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit, ſicuti (quo exemplo in *dict. l. ult. verſ. argumentoque eſt* apertè Papinianus utitur) cum quis ſub ea poteſtativa conditione ex parte fuit inſtitutus, *ſi in Capitolium aſcendiſſet*, & ſub contraria ſcilicet *ſi non aſcendiſſet* legatum aliquod meruit, & antequam Capitolium aſcendiſſet deceſſit, quo caſu ultimo vitæ momento deficit inſtitutionis conditio, & contraria legati conditio exiſtit, quod tunc utiliter cedit, & ad legatarii hæredem tranſmittitur argumento textus in *l. ult. quand. dies leg. ced.* ſin autem ſub ea poteſtativa conditione, quæ ultimo vitæ inſtanti poſſit per alterum impleri filius ſuus hæres fuerit ſcriptus, & ante ejus implementum deceſſerit ad hæredem paternam hæreditatem non transfert *dict. l. 5. de hæred. inſtit.* quia nec ex teſtamento hæres extitit propter non impletam conditionem, nec magis ultimo vitæ inſtanti ab inteſtato potuit hæres exiſtere, nec enim dum filius moritur, defecta dici poteſt conditio, quæ ultimo vitæ momento poteſt adimpleri, ſed ſolum poſt filii mortem certum per rerum naturam eſſe incipit conditionem nec adimpletam eſſe, nec adimpleri amplius poſſe, quo demum tempore teſtamentum deſtituitur & inteſtatæ ſucceſſioni fit locus ut conſiderat Papinianus *in dict. l. ult. verſ. qui ſubſtituti de condit. inſtit.* docent Cujac. *lib. 13. quæſt. Papin. in dict. l. ult. Coſta 2. ſelect. cap.* 1. Santolaria *interpret. 8. n. 4. circa fin. & interpretat. 11. n. 7.* Cheſius 2. *interpret. cap. 9. n. 3. cum quinque ſeqq. & n. 15.* qui *n.* 31. juxta hujuſmodi dictinctionem conciliandos cum judicio animadvertit inter ſe alioquin pugnantes textus cum textu *in l. ſi filius hæres 16. in fine de lib. & poſt.* quiſde ea poteſtativa conditione accipiendus eſt, quæ adimpleri ultimo vitæ momento non poſſit, ad quam etiam ſpectare exiſtimo in *l. 4. in princ.*

verſ. utrum de hared. inſtit. juxta Marcelli ad Julianum notam in ſequenti lege ſubjunctam & in *l.* 1. *§. ſciendum* 8. *verſ. idem erit dicendum de ſuis & legit. hared.* qui ad eam poteſtativam conditionem, quæ extremo etiam vitæ inſtanti poſſit adimpleri, neceſſario referendus eſt.

13 Huic tamen diſtinctioni graviter obſtare videtur textus in *l. filius à patre* 28. *in princ. de lib. & poſt.* ubi filius ſuus hæres ex parte (cohærede filio datum fuiſſe tum ex textus littera tum ex neceſſaria juris ratione eleganter cum aliis ſupponit noſter Valent. *l.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 14. *& cap. ult. n.* 7. *circa finem* quamvis dubitet Cheſius *dict. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 18.) ſub caſuali vel mixta conditione inſtitutus & in ejus defectum exhæredatus, ſi tam exhæredationis quam inſtitutionis pendente adhuc conditione deceſſerit, ultimo vitæ momento ab inteſtato hæres exiſtit, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit; tunc ſic, caſualis conditio eo etiam inſtanti, quo filius moritur poteſt exiſtere, & tamen filius ea pendente decedens ab inteſtato hæres exiſtit, & paternam hæreditatem tranſmittit, ergo & ſub ea poteſtativa conditione quæ ultimo etiam vitæ momento poſſit adimpleri, inſtitutus filius, ſi antè ejus implementum deceſſerit, ultimo vitæ inſtanti ab inteſtato debet hæres exiſtere & paternam hæreditatem tranſmittere. Variis ſolutionibus omiſſis quas præter antiquiores excogitarunt Cujac. *ad Pandect. in dict. l.* 28. Faber. 3. *conject. cap.* 15. Pichard. *in praelud. ad l. Gallus* 29. *de lib. & poſt. cap.* 3. *ex n.* 104. *uſque ad num.* 132. Valent. *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 13. *cum tribus ſeqq.* Larreateg. 7. *ſel. cap.* 5. *n.* 3. Cheſius, *dict. lib.* 2. *cap.* 9. *ex n.* 18. *uſque ad num.* 26. & quarum nulla difficultatem diſſolvit, exiſtimabam dici in re difficili poſſe, quod etſi caſualis conditio ultimo etiam vitæ momento poſſit exiſtere, ſi tamen eum pendeat, filius præteritus invenitur, nullum teſtamentum reddit, & ab inteſtato hæres exiſtit, nam hoc ipſo quod ultimo vitæ inſtanti conditio adhuc pendeat, certum eſſe incipit filium nec viventem exhæredatum fuiſſe, nec jam amplius utiliter exhæredatum intelligi poſſe, cum etſi poſtea exhæredationis conditio exiſtat, non niſi inutiliter poſt mortem ſuam exhæredatus filius reperiatur *l. ſi ita ſcriptum* 13. *§. ult. de lib. & poſt.* eamque Tryphoniani mentem fuiſſe in *dict. l.* 28. patet, tum ex eo quod ait, filium, dum vivit nec ex teſtamento hæredem, nec exhæredatum eſſe, quaſi apertiùs diceret, hoc ipſo, quod ultimo vitæ inſtanti conditio adhuc pendeat, filium nec ex teſtamento hæredem eſſe potuiſſe, & nec tunc exhæredatum, nec jam amplius exhæredatum poſſe cenſeri, & ſic tanquam præteritum ab inteſtato hæredem exiſtere, tum ex eo quod in fine textus quaſi oppoſitum caſum decidens filio ex parte hærede ſcripto cohæredem poſt ejus mortem ſcribi rectè poſſe concludit, innuit non obſcurè, quod in priori caſu, ideo conditionis, quæ ultimo vitæ momento pendebat, exiſtentia non expectatur, quia licet poſt mortem filii inſtituti cohæres rectè inſtituatur, filius tamen poſt mortem ſuam etiam adjecto cohærede non niſi fruſtra exhæredatur. Alia ſanè poteſtativæ illius conditionis eſt cauſa, quæ extremo etiam vitæ momento poteſt adimpleri, ſub qua inſtitutus filius interim decedens ideo ab inteſtato hæres non exiſtit, quia nunquam præteritus, ſed inſtitutus ſemper invenitur, potuit etenim dum vixit, potuit & in ipſo ultimo vita inſtanti per alium conditionem implere, perindè itaque ferè habetur ac ſi purè fuiſſet inſtitutus *l.* 1. *§. qui ſub conditione* 8. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* nec debet in non impletum conditionis eventum exhæredari *dict. l.* 4. *§. ult. l. jam dubitari* 86. *de hared. inſtit.* cum ergo & cum moritur inſtitututus reperiatur & implere conditionem omiſerit, quam eo etiam inſtanti, ſi voluiſſet per alium adimplere potuiſſet, nec ex teſtamento hæres exiſtit, quia conditionem non implevit, nec ab inteſtato, quia nullum teſtamentum non reddit. Hinc etiam fit (quod obſervatum, nunquam vidi) quod ſi nepos ſub caſuali conditione inſtitutus ea pendente decedat, ab inteſtato hæres non exiſtit, nec avi hæreditatem tranſmittit, ſingularis textus in *dict. l.* 1. *§.* 8. *verſ. idem erit dicendum de ſuis & legit. hared.* cujus rei ratio (ut ſic obiter hunc textum cum *dict. l.* 28. *de lib. & poſt.* in concordiam noviter redigam) in eo meo judicio eſt, quod licet ſi ultimo vitæ momento conditio adhuc pendeat, præteritus nepos inveniatur, non eo magis hoc digeſtorum jure avi teſtamentum infirmat, ſed ad certam portionem hæredibus inſtitutis accreſcit *prin. inſtit. verſ. non ita de filiabus de exhared. lib.* undè nec debuit in defectum conditionis exhæredari *dict. l.* 4. *de hared. inſtit. cum ſimil.* juncto Valent. *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *ex n.* 7. *& cap.* 5. *num.* 1. ergo nec ex teſtamento hæres exiſtit, quia nondum extitit conditio, nec ab inteſtato quia teſtamentum non infirmat.

Ex quibus infertur quod ſi filius ſuus hæres 14
poſthumo præterito inſtitutus, pendente adhuc poſthumi nativitate decedat extremo vitæ momento ab inteſtato hæres exiſtit, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit, quia eo demum inſtanti certum eſſe incipit, neminem eo eo teſtamento hæredem fore, ut docet Africanus *in dict. l.* 16. *verſ. quod ſi nemo de lib. & poſt.* cujus ſententia explicanda ſic eſt: filius, qui pendente adhoc præteriti poſthumi nativitate decedit, nec ante potuit nec cum moritur poteſt ex teſtamento hæres exiſtere, nam ex teſtamento quod rumpi poteſt, ſuis non magis quam extraneis hæredibus hæreditas defertur *l. ventre præterito* 84. *verſ. ergo ſi ventre hoc tit.* docet Pichard. *in lect. ad noſt. tit. cap.* 10. *n.* 10. *cum ſeqq.* & licet ultimo etiam vitæ momento poſſit mulier, ex qua poſthumus ſperatur abortum facere, ſi tamen tunc etiam poſthumi nativitas pendeat, per rerum naturam verum eſt, inſtitutum filium ex eo teſtamento nec hæredem extitiſſe, nec exiſtere jam amplius poſſe, cum etſi maximè poſt ejus obitum abortus fiat, non eo magis teſtamentum conſiſtat; deſtituto itaque teſtamento inteſtati cauſa ſuccedit, ex qua filius eo inſtanti ipſo jure hæres exiſtit, argumento textus in *dict. l.* 28. *de lib. & poſt.* quod tamen ita procedit, ſi inſtituto filio ſubſtitutus datus non ſit, alioquin filius qui ſubſtitutum habuerit, pendente præteriti poſthumi nativitate decedens; nec ab inteſtato quidem exiſtit hæres, nec paternam hæreditatem tranſmittit *dict. l.* 16. *in prin. de lib. & poſt.* quia cum ultimo etiam quo filius decedit inſtanti ſuperſit teſtamentaria ſucceſſionis ſpes propter ſubſtitu-

Digitized by Google

tum, qui in caſum abortus poteſt teſtamentum ſuſtinere, inteſtatæ ſucceſſioni locus non eſt ex regula textus in *dict. l. 39. hoc tit.* idemque & rationis identitate dicendum erit ſi inſtitutus filius in terminis textus *in dict. l. 16.* cohæredem habuerit, qui in caſum non nati poſthumi ad inſtar ſubſtituti poterit ex teſtamento hæres exiſtere.

15 In quibus terminis, dati ſcilicet ſubſtituti, vel cohæredis intelligendus eſt, qui alioquin cum *dict. l. 16. verſ. quod ſi nemo de lib. & poſt.* ſine pace pugnaret, difficillimus textus in *dict. l. 84. verſ. ergo ſi ventre hoc tit.* cujus ut integram ſententiam percipiatis, initio docet Papin. quod ſi ventre præterito emancipatus filius aut exter ſit inſtitutus, quandiu rumpi teſtamentum poteſt, ex eo hæreditas non defertur, progreditur & ait quod ſi vacuo ventre revera ſit mulier, quæ tamen prægnans exiſtimatur illud inter filium in familia retentum, & emancipatum aut exterum inſtitutum intereſt, quod emancipatus aut exter, non aliter poteſt hæreditatem adire, quam ſi mulierem non eſſe prægnantem ſciant ex dictis *præcedenti capite n.* 30. filius verò in familia retentus inſtitutus, ſi quidem mulier vacuo ventre revera ſit, quamvis eam prægnantem exiſtimet, etiam ignorans ipſo jure hæres exiſtit, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit *l. illud 5. in prin. ſi pars hæred. pet. l. cum quidam* 30. §. *ſuum hæredem* 6. *in prin. & verſ. putaſſe hoc tit. l. 3. §. eſt autem tractatum* 10. *de ſuis & legit. hæred.* Poſtea *in dict. verſ. ergo ſi ventre* quærit an ſi ventre pleno revera ſit mulier, filius inſtitutus (ventrem præteritum & filium inſtitutum in præſenti verſiculo debere ſupponi, præter præcedentem textus ſeriem, neceſſaria illa juris ratio expoſcit, quod alioquin ſi vel venter fuiſſet inſtitutus aut exhæredatus, vel ab inteſtato pater deceſſiſſet, filius ſtatim etiam pendente poſthumi nativitate, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato citra dubium hæres exiſteret *dict. l. 30. §. 6. verſ. quod ſi unum hoc tit.* pro cujus quoad rem aliam conciliatione cum *l. ſed etſi* 28. §. *ult. de judic. l. 3. & 4. ſi pars hæred. pet. l. ſi pater* 36. *de ſolut.* Conſulendus Pichard. in *lectur. ad noſt. tit. cap.* 10. *n.* 30. *uſque ad num.* 36.) interim decedens ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittat? & reſpondet quod jure civili nihil ad hæredem transfert quod juxta Africanum *in dict. l. 16. de lib. & poſt.* ſuppoſitis terminis habilibus, dati ſcilicet ſubſtituti, vel cohæredis accipiendum eſt, ſed tamen quia iniquum eſt, ut qui, ſi ſuperſtes fuiſſet, in omnem eventum vel ex teſtamento vel ab inteſtato parenti ſuccederet interim decedens nihil ad hæredem tranſmittat, à Prætore decreto filio ſuccurrendum Papinianus ſcribit, ita ut filius poſſit interim decretalem bonorum poſſeſſionem petere, & licet antè eam petitam deceſſerit, ejus hæredi ſalvum adhuc ſit bonorum poſſeſſionis beneficium, quod & in filio emancipato admittendum concludit, quia patri in omnem caſum ſucceſſurus eſt, quam partem jam expoſui anteriori capite *num.* 32. Juxta hanc autem Papiniani inter Prætorium & civile jus differentiam ſupplendus erit Africanus in *dict. l. 16. in prin. de lib. & poſt.* ubi quod ſcribit filium omiſſo poſthumo inſtitutum, cui ſubſtitutus datus eſt, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato hæredem exiſtere, & interim decedentem nihil ad hæredem tranſmittere, ſecundum juris civilis rigidam ſeveritatem procedit, quæ per decretalis bonorum poſſeſſionis beneficium à Prætoria æquitate temperatur. Hinc etiam intelligendus eſt textus in *l. illud 4. §. ult. de bon. poſſ. cont. tab.* ubi dum in eiſdem terminis decretalis bonorum poſſeſſionis beneficium in emancipato filio hærede ſcripto maxime neceſſarium eſſe Paulus affirmat, oſtendit emancipato magis, quam ſuo hæredi neceſſarium eſſe ejus bonorum poſſeſſionis beneficium, quia ſcilicet emancipatus ſive ſolus ſit inſtitutus, ſive ſubſtitutum aut cohæredem habeat, cum in ultimo vitæ inſtanti ipſo jure effici hæres aut bonorum poſſeſſor non poſſit, ſemper decretalis indiget bonorum poſſeſſionis auxilio, ſuus autem hæres non ſemper ſed tunc ſolum cum ſubſtitutum vel cohæredem habuerit, ejus bonorum poſſeſſionis indiget beneficio, alioquin ſi ſolus ſit inſtitutus nullo adjecto cohærede vel ſubſtituto, ultimo vitæ momento, quin Prætoris auxilio opus habeat, ab inteſtato hæres ipſo jure exiſtit, & paternam hæreditatem tranſmittit, ſic plures alias ſolutiones impugnantes hos omnes textus interpretantur Pichard. *dict. cap.* 10. *num.* 24. *cum ſeqq. & num.* 40. *cum duobus ſeqq.* Cheſius *dict. lib.* 2. *interpr. cap.* 9. *num* 12. *cum trib. ſeqq.* Retes in *adverſar. de bon. poſſeſſ. cont. tab. cap.* 1. *num.* 7. Chavarri in 2. *ſuæ didaſcaliæ part. cap.* 6. *n.* 11. *cum ſeq.* quibus nec contradicit Santolar. *dict. interpr.* 8. *n. ult.* quamvis *n.* 11. *cum ſeq.* ſubtilem aliam, divinatoriam tamen ſolutionem excogitarit.

Sed inſtabis: quamvis inſtitutus omiſſo poſthumo filius ſubſtitutam aut cohæredem habuerit, pendente poſthumi nativitate decedens, quin indigeat decretalis bonorum poſſeſſionis auxilio, ultimo vitæ inſtanti ab inteſtato debet ipſo jure exiſtere hæres, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittere, quia cum eo inſtanti ex teſtamento hæres exiſtere non poſſit, tunc præteritus invenitur exemplo filii ſub caſuali conditione inſtituti, & in ejus defectum exhæredati, qui etſi cohæredem habeat, ſi pendente conditione decedat ultimo vitæ momento, quo quia ex teſtamento hæres exiſtere non poteſt, præteritus reperitur, ab inteſtato ipſo jure hæres exiſtit, & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit ut ex *dict. l. 18. de lib. & poſt. n.* 13. dicebamus. Huic difficultati quam ex interpretibus nullus, quem viderim, attigit, reſpondendum breviter arbitror quod filius omiſſo poſthumo inſtitutus, nullo unquam tempore præteritus, ſed imo ultimo etiam, quo decedit inſtanti, inſtitutus invenitur, & licet ſi nec ſubſtitutum nec cohæredem habuerit, ultimo illo momento ab inteſtato hæres exiſtat, non quia inſtitutus non ſit, ſed quia tunc certum eſſe incipit neminem ex eo teſtamento hæredem fore, ſi tamen ſubſtitutum habeat, vel cohæredem, cum inſtitutus non præteritus inveniatur, & ſpes adhuc teſtamentariæ ſucceſſionis ſuperſit, ab inteſtato hæres exiſtere non poteſt, & decretalis indiget bonorum poſſeſſionis auxilio, filius autem ſub caſuali conditione inſtitutus, & in ejus defectum exhæredatus, ſi cum decedit, conditio adhuc pendeat, præteritus invenitur, & cum eo inſtanti verum eſſe incipiat intrinſecæ teſtamenti ſolemnitati, filii videlicet 16

inſtitutioni vel exhæredationi ſatisfactum non eſſe nullum teſtamentum reddit & quamvis cohæredem habeat, vel ſubſtitutum ab inteſtato hæres exiſtit, quod dici de filio, omiſſo poſthumo inſtituto, non poteſt, qui purè ſemper inſtitutus invenitur, & cujus exiſtentia non ex teſtamento, ſed extrinſecus propter rupturæ periculum ſola legis poteſtate ſuſpenditur.

17 Secunda jam de tranſmiſſione juris accreſcendi ſuccedit noſtri capitis pars, quam ut brevi nec obſcuro tamen ſtilo complectar, ſic regulam generalem conſtituo; hæreditaria portio quæ ipſo jure ſine nova aditione hæredi, qui ſuam portionem adierat tametſi invito & ignoranti accreſcit, quamvis is antè exiſtentem juris accreſcendi caſum deceſſerit, ad ejus hæredem tranſmittitur. Jam vero ut per ſingulas ſpecies ſeparatim diſcurrant. Si quis ex parte purè, & ex parte ſub conditione ſit inſtitutus, & nec cohæredem habeat aut ſubſtitutum etſi pendente conditione deceſſerit, ad hæredem utramque portionem tranſmittit, quia ſic inſtitutus, hoc ipſo quod puram partem adierit, ſtatim etiam pendente conditione ex conditionali & ſic ex aſſe hæres efficitur, cum enim tam in deficientis, quam in exiſtentis conditionis caſum conditionalem etiam partem ſit habiturus, fruſtra expectaretur conditio, cujus eventus nihil operatur, expreſſus textus in *l. ſi quis ita ſcripſerit 33. de hæred. inſtit. l. cum hæres 52. §. 1. hoc tit. l. in ratione 11. §. quæſitum 7. in fine ad leg. falcid. junct. gener. regula textus in l. aliquando 15. §. ult. ad Velleian.* pendente itaque conditione non inſtitutionis ſed accreſcendi jure conditionalem partem acquirit, & ſiquidem poſtea conditio defecerit, eadem acquiſitionis cauſa perſeverat, ſi verò extiterit, cauſa acquiſitionis mutatur, nec accreſcendi ſed inſtitutionis jure acquiſita conditionalis portio cenſetur, ut acutè & ſolidè fundat Bellon. *de jur. accreſ. cap. 9. quæſt. 19. ex num. 14. uſque ad num.* 23. & in omnem eventum, quia ipſo jure ſine nova aditione acquiritur, ad hæredem tranſmittitur.

18 Verum illicò opponi videtur vulgaris ex propria nunc obſervatione noviter illuſtrandus textus in *l. qui ex duabus 53. in princ. hoc tit.* ubi ſi quis ex duabus partibus inſtitutus ex alia purè, & ex alia ſub conditione, ex pura inſtitutione adierit, & deceſſerit, docet Gaius, quod ſi poſtea conditio extiterit, conditionalis etiam portio ad ejus hæredem pertinet, ergo ſentit quod ſi conditio defecerit ad hæredem conditionalis portio non ſpectat. Omiſſis Valent, 3. *illuſt. tract.* 1. *cap.* 4. *n.* 16. & Cheſio 1. *interpr. cap.* 16. *n.* 27. Bellonus *dict. cap. 9. quæſt.* 30. poſtquam ex *n.* 7. omnes ferè ab interpretibus excogitatas ſolutiones dexterè & ſubtiliter impugnavit *n.* 24. *& trib. ſeqq.* reſpondit quod textus in *dict. l.* 53. ut ejus demonſtrat inſcriptio, quæ ſic ſe habet. Gaius *lib.* 14. *ad leg. Jul. & Pap.* ad caducarias leges ſpectat, juxta quarum tenorem hæres ex duabus partibus inſtitutus ex alia purè, ex alia ſub conditione, quamvis ex pura inſtitutione adiiſſet, conditionalem partem antè conditionis exiſtentiam non acquirebat, cujus eventus propter fiſci compendium non expectabatur, qui deficiente conditione eam partem tanquam caducam vindicabat, & ex eadem ratione ſi ſic inſtitutus hæres, poſtquam ex pura inſtitutione adiiſſet, pendente conditione decederet, ita demum ad ejus hæredem conditionalis portio pertinebat, ſi conditio poſtea extitiſſet, alioquin deficiente conditione tanquam caduca fiſci juribus vindicabatur. Si dicas quod eo jure quod obtinuit, quo tempore caducariæ leges floruerunt, hoc ipſo quod inſtitutus pendente conditione decederet, pars hæreditatis caduca ſtatim fiebat *l. un. §. ſi autem 7. C. de caduc.* ac proinde ſi textus in *dict. l.* 53. ad eas leges pertineret, in ejus ſerie conditionalis portio, quamvis poſtea conditio extitiſſet, non ab hærede tranſmiſſionis jure, ſed à fiſco potius tanquam caduca vindicaretur. Reſpondet Bellonus, quod cum in præſenti pars conditionalis ad inſtitutum, vel ejus hæredem interdum jure inſtitutionis, veluti ſi conditio exiſtat, interdum vero accreſcendi jure pertinet, veluti ſi deficiat conditio, ideo exiſtente conditione fiſcus excludebatur, quia locum habebat inſtitutio ex expreſſo judicio teſtatoris dimanans, contra quod hæreditatis aut legati partem fiſcus vindicare auſus nunquam eſt *dict. l. un. in prin. verſ. ſed & ipſis. C. de caducis.* At deficiente conditione fiſcus & inſtitutum & ejus hæredem excludebat, quia locum habebat jus accreſcendi contra teſtatoris voluntatem propter ſolam juris neceſſitatem inductum, quod in pleriſque caſibus fuit per caducarias leges ſublatum.

19 Hæc Belloni ſolutio tametſi ſubtilis falſo tamen titur fundamento, nam ſi priſcum jus à caducariis legibus introductum attendamus, comperiemus ſtatim caducorum caſus intra aperiendarum tabularum tempus locum dumtaxat habuiſſe, poſt apertas vero teſtamenti tabulas & fortiori ratione poſt aditam vel ab uno ex hæredibus hæreditatem, extra latini, cœlibis, aut orbi caſus, caducorum ſpem fiſcum amiſiſſe ut *ex l. mortuo 49. §. ult. de leg.* 2. & aliis pluribus conſultorum teſtimoniis illuſtriſſ. Ramos. 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 18. *n.* 18. ſed in *dict. l. 53. hoc tit.* hæres inſtitutus poſtquam ex pura inſtitutione adierat, deceſſit, ut conſtat ex textus littera: ergo caducariis etiam legibus inſpectis conditionalis portio nunquam ad fiſcum tanquam caduca, ſed ſemper ad hæredem tranſmiſſionis jure debuit pertinere. Rurſus quamvis in *dict. l.* 53. inſtitutus hæres ante apertas tabulas aut ante aditam deceſſiſſet hæreditatem, non eo magis hæreditas fuiſſet fiſci juribus vindicanda, nam circa hæredem ex aſſe inſtitutum, ſeu ſcriptum caducariarum legum diſpoſitio locum non habuit ut dixi 1. *cap. n.* 3. ſed hæres ex parte pure, ex parte ſub conditione inſtitutus perindè habetur ac ſi purè ex aſſe fuiſſet ſcriptus ex dictis *num.* 17. ergo in terminis textus in *dict. l.* 53. nunquam hæreditatem, aut ejus partem tanquam caducam fiſcus potuit vindicare. Deinde cum Juriſconſultus Martianus, qui eo etiam tempore floruit, quo caducariæ leges in uſu erant, ut poſtea explicando textum in *l. ſi ex pluribus 9. de ſuis & legit.* videre eſt, aſſerat in *dict. l. 52. §. 1. h. tit.* ſic inſtitutum hæredem ſtatim ac ex pura adierit inſtitutione, non expectato conditionis eventu ex aſſe hæredem effici, ſenſit procul dubio conditionalem portionem etiam caducariis legibus inſpectis nullo unquam caſu ad fiſcum pertinere potuiſſe. Et denique cum Gaius ipſe autor *dictæ legis* 53. expreſsè quamvis ſub diverſa inſcriptione in eiſdem terminis doceat in *dict. l. 53. de hæred. inſtit.* quod ſic

Digitized by Google

inſtitutas hæres ex aſſe ſcriptus cenſetur, & ex quo ex pura adierit inſtitutione conditionis tanquam ſupervacuæ exiſtentia non expectatur, confeſtim conditionalem etiam partem acquirit; neſcio ſanè quo pacto in *dict. l. 53.* à ſeipſo diſſentiens docere potuiſſet conditionis eventum propter fiſci compendium expectandam. Belloni itaque ſolutione rejecta dicendum exiſtimabam Gaium *in dict. l. 53.* ut ſatis oſtendit inſcriptio, de caducariis quidem legibus diſputaſſe & quæſiiſſe, ſi hæres ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutus poſt aditam ex pura inſtitutione hæreditatem pendente adhuc conditione decederet, an exiſtente poſtea conditiooe ad hæredem jure tranſmiſſionis, an vero ad fiſcum tanquam caduca conditionalis portio pertineret? & merito reſpondiſſe conditionalem partem non ad fiſcum, ſed ad hæredem perventuram propter præfatas juris rationes quas contra Bellonum expendimus. Nec tamen ideo ſenſit conſultus, quod deficiente conditione ad fiſcum, non ad hæredem conditionalis portio pertineret, imo tanquam indubitatum ſupponens deficiente conditione hæreditatis partem ad fiſcum pertinere non poſſe; difficiliorem caſum exiſtentis conditionis, & in quo ſolum cadocarum quæſtioni locus eſſe poterat, quem diſputaret, aſſumpſit, ſciendum namque eſt quod in illis etiam caſibus, in quibus hærede ex parte inſtituto, aut legatario pendente conditione decedente caducorum obſervationi locus erat, non aliter hæreditatis partem, aut legatum fiſcus poterat vindicare, quam ſi conditio poſtea extitiſſet, ut tam fortiſſima juris ratione, quam expreſſis conſultorum deciſionibus *in l. ſi id quod 21. §. ult. de liber. leg. l. in facto 60. de condit. & demonſt.* ductus contra interpretes fundavi *ad tit. quand. dies leg. ced. cap. 3. ex n. 14. uſque ad num. 21.* cum ergo explorati juris eſſet deficiente conditione non ad fiſcum ſed ad hæredem conditionalem portionem pertinere, in difficilioribus, & habilibus ſolum exiſtentis conditionis terminis quæſtionem Gaius excogitavit, in quibus etiam propter jam expenſas rationes hæredem, non fiſcum admittendum reſpondit.

20 Quod ſi hæres aliquis ex parte purè, ex parte ſub conditione, dato cohærede fuerit inſtitutus, ſi quidem ex purâ parte adierit, ex eâ hæres efficitur, & conditionalis partis dimidiam partem ſtatim accreſcendi jure acquirit, quam in omnem eventum habiturus eſt, & cujos reſpectu non niſi fruſtra expectaretur conditionis eventus, ſivè enim eo adhuc ſoperſtite conditio extiterit, mutata cauſa acquiſitionis integram conditionalem partem jure inſtitutionis acquirit, ſivè conditio defecerit, ex eadem juris accreſcendi cauſa conditionalis partis dimidiam partem ab initio acquiſiiſſe dignoſcitur, dimidiam autem alteram partis conditionalis partem, quam in omnem caſum eſt habiturus, is ſtatim acquirit, imò ejus partis reſpectu conditionis eventus erit propter cohæredem expectandus, cujus rei exitus ille erit, ut ſi quidem eo adhuc vivente conditio extiterit, integram conditionalem partem abſque nova aditione jure inſtitutionis acquirat, ſi vero conditio defecerit, dimidia hæc, de quâ loquimur partis conditionalis pars ad cohæredem accreſcendi jure perveniat. Hinc ſi ſic inſtitutus, poſtquam ex purâ inſtitutione adierit, pendente alterius partis conditione deceſſerit, conditionalis partis dimidiam illam partem, quam quia in omnem caſum eſſet habitorus, ex aditionis tempore confeſtim acquiſivit, ad hæredem tranſmittit, dimidiam autem alteram partem quam non in omnem eventum ſuit habiturus, ad hæredem non transferat, qui etſi poſtea coodițio extiterit, nullo jure eam poteſt vindicare, non inſtitutionis, quæ per mortem inſtituti pendente conditione decedentis, extincta penitus fuit, non accreſcendi, quia cum deficiens portio pro hæreditariis portionibus accreſcat cohæribus, & conditionalis partis dimidia pars jure accreſcendi jam ad inſtitutum, ejuſque hæredem pervenerit, dimidia pars ad cohæredem accreſcendi jure debet pertinere, quæ omnia expreſsè conſtant *ex l. liber homo 59. §. ſi ita ſcriptum 6. de hæred. inſtit. l. qui fundum 87. §. ſi tu ex parte 3. ad leg. falcid.* & colliguntur *ex dict. l. 52. §. 1. hoc tit.* quos textus ſic explicant Bellonus *dict. cap. 9. quæſt. 19. n. 27. & quæſt. 30. num. 28. cum ſeq.* & Valent. *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 4. num. 17.* nec aliud ſibi voluit Celſus in *dict. l. 59. §. Titius 5. de hæred. inſtit.* ubi quod ſcribit; quod ſi teſtator ita ſcripſerit: *Titius ex ſemiſſe hæres eſto, ſeius ex quadrante hæres eſto, Titius ſi in capitolium aſcenderis ex alio quadrante hæres eſto.* Titius ſi antè impletam conditionem pro hærede gerat, ex ſemiſſe hæres erit, poſt ejus autem implemento ex alio etiam quadrante hæres erit, non ſic accipiendum eſt; ut Titius pendente conditione, dimidiam conditionalis quadrantis partem non acquirat, quam imò ſtatim acquirit, cum eam in omnem caſum ſit habiturus, quamvis implere conditionem omiſerit, & ſic vi ipsâ quadrantem repudiaverit argumento textus in *dict. l. 59. §. ult.* juncto pro ejus explicatione Valent. *dict. cap. 4. num. 18. cum duobus ſeqq.* ſed ſic potius intelligendum, ut Titius ſi quidem antè impletam conditionem pro hærede gerat, jure inſtitutionis ex ſemiſſe dumtaxat hæres fiat, ex quadrante vero poſt impletam demum conditionem, dimidiam tamen quadrantis partem etiam pendente conditione, non inſtitutionis, ſed accreſcendi jure confeſtim acqoirat, ut cum aliis eum textum Bellonus expoſuit *dict. cap. 19. num. 50.* Sed nec magis obſtat textus in *l. ſi ſolus 80. §. 1. hoc tit.* ubi quod docet Paulus, quod ex pluribus partibus inſtitutus, ſi cohæredes habeat, unam portionem adeundo, omnes acquirit, ſi tamen delatæ ſint. Omiſsâ Belloni interpretatione ubi nuper *num. 51.* quæ ex *præcedenti numero* dictis convinci poteſt facilè, ſic explicandum eſt, ut conditionalis portionis eam partem, quam in omnem caſum habiturus eſt, & quæ ſtatim accreſcendi jure defertur ſtatim acquirat, alias verò partes, quæ quia deficiente conditione debent aliis cohæredibus accreſcere, interim nec inſtitutionis, nec accreſcendi jure deferuntur, non ſtatim, ſed poſt exiſtentiam conditionis acquirat, quod idem traditur in *dict. l. 59. §. 6. de hæred. inſtit.*

Cæterum ſi fuerit aliquis ex parte purè, ex 21 parte ſub conditione inſtitutus, datuſque ei ſit in conditionali parte ſubſtitutus, quamvis ex purâ adierit inſtitutione, nullam interim conditionalis partis portionem acquirit, quia cum

in omnem eventum ſit habiturus conditionis exitus expectatur, qua deficiente integra conditionalis pars ad ſubſtitutum ſpectat, *l. ſi te ſolum* 27. *in princip. de hæred. inſtit. dict. l.* 52. §. 1. *hoc tit.* exiſtente vero ad ipſum inſtitutum inſtitutionis jure ſine nova tamen aditione pertinebit, hinc ſi ſic inſtitutus, poſtquam puram partem adierit, pendente conditione deceſſerit, ad hæredem conditionalem partem non transfert, quæ non expectato conditionis eventu ideò ſubſtituto defertur, quia per mortem inſtituti pendente conditione contingentem pro conditionali parte extincta jam inſtitutione, vulgaris ſubſtitutionis caſus exiſtit, quod tamen ita verum eſt, ſi locum habeat cum effectu ſubſtitutio, alioquin ſi ſubſtitutus repudiaverit, vel antequam adierit, deceſſerit, aut ſi eum ſubſtitutio, non in omnem caſum, ſed ſolum in defectum conditionis fuiſſet concepta, conditio poſtea inſtitutionis extiterit, & ſic contraria ſubſtitutionis conditio defecerit, tunc ſane conditionalis etiam portio ad inſtituti hæredem pertinebit, ſivè conditio extiterit, ſivè defecerit, jure accreſcendi, quod ad hæredem tranſmiſſibile eſſe ſtatim dicemus, ſic contra Cujacium, Antonium Gomezium, & alios cum judicio tenet Bellonus *dict. cap.* 9. *quæſt.* 30. *num.* 30. *cum duobus ſeqq.*

22 Hæc procedunt ubi per noſmetipſos hæreditas nobis acquiritur. Jam quid juris ſit videamus, ſi per alium veluti filiumfamilias vel ſervum hæreditas acquiratur? Et quidem ſi ſervus (quæcumque de ſervo dixerimus eadem & de filiofamilias erunt accipienda) ex parte purè, ex parte ſub conditione dato cohærede ſit inſtitutus, quamvis juſſu Domini ex purâ inſtitutione adierit, conditionalis partis nec dimidiam quidem partem Domino acquirit, imò conditionis eventus expectatur, & ſi ſervus pendente conditione fuerit alienatus, vel manumiſſus, exiſtente poſtea conditione vel ſibi vel novo Domino conditionalem partem acquiret *dict. l.* 80. §. *ult.* ut probat textus in *l. ſi ex ſua* 36. *hoc tit.* §. *item ſervus* 2. *hoc tit.* ſi vero in ejuſdem Domini poteſtate permanſerit, novo juſſu interveniente ei poterit conditionalem partem acquirere, quod enim dicitur ſemel adeundum eſſe, in ejuſdem perſona locum habet, non cum per alium acquirenda eſt hæreditas, ut ait Paulus in *dict. l.* 80. §. *ult.* & probat textus in *l. ſi ex ſua* 36. *hoc tit.* pro cujus conciliatione cum *l. ſi ego* 26. *eod. tit.* conſulendus Valent. *dict. lib.* 3. *tract.* 1. *cap.* 5. *num.* 1. & 2. & denique ſi ſervus interim alienatus ſit aut manumiſſus, & exiſtente poſtea conditione novus Dominus, aut ipſe, aut nolit, aut non poſſit conditionalem partem acquirere, aut ſi vel antè, vel poſt ſervi alienationem, aut manumiſſionem conditio defecerit, conditionalis portio Domino qui puram partem acquiſivit, aut ejus hæredi, ad quem jus accreſcendi tranſmittitur, & dato cohæredi pro hæreditariis portionibus accreſcet, docet Bellonus *dict. cap.* 9. *quæſt.* 20. *ex num.* 19. Eadem ferè ſervantur, ſi ſolus ſervus ex parte purè, ex parte ſub conditione ſit inſtitutus, niſi quod deficiens aliquo ex ſupradictis modis conditionalis portio, tota ad Dominum, qui puram partem acquiſivit, aut ejus hæredem accreſcendi jure pertinet, ut colligitur jam ex efficaci juris ratione, quæ in eo eſt, quod propter tranſmiſſionis, aut alienationis ſpem ſupervacua dici conditio non poteſt, cujus ideò eventus debet expectari, jam ex *dict. l.* 80. §. 2. *hoc tit.* ſic ſubtiliter expenſa, ſi quoties ſervus ſolus ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutus puram partem adiit, conditionalem etiam ſtatim Domino acquireret, utique in eiſdem terminis ſi cohæredem haberet, dimidiam partis conditionalis portionem confeſtim Domino acquireret ex nuper *dictis num.* 19. *cum ſeq.* ſed ubi cohæredem habet, nullam conditionalis partis portionem pendente conditione Domino acquirit *dict. l.* 80. §. 2. ergo nec ubi ſolus inſtitutus eſt, conditionalem partem ſtatim Domino acquirit, ut fundat Bellonus *dict. quæſt.* 20. *ex num.* 33. Santolar. *interpretat.* 9 §. 1. *num.* 3. quamvis contrarium crediderint Cujac. 12. *obſerv. cap.* 14. & Valent. *dict. cap.* 5. *num.* 4. moti ex illis verbis textus in *dict. l.* 80. §. 2. ibi: *dato ſcilicet cohærede*, quæ tamen omiſſa Fabri emendatione 15. *conject. cap.* 20. ſic faciliter explicantur, ut ſi ſervus ex parte purè, ex parte ſub conditione ſit inſtitutus indiſtinctè conditionis eventus expectetur, maximè tamen ſi cohæredem habuerit, quia tunc præter manumiſſionis, aut alienationis ſpem, cohæredis vertitur intereſſe, licèt idem ſit ſi cohæres datus non ſit, propter ſolam manumiſſionis, aut alienationis ſpem; cæterum ſi ſic inſtitutus ſervus ſubſtitutum habuerit, extra dubium eſt conditionis eventum expectandum, cujus rei exitum colligere ex huc uſque dictis quilibet poterit.

Jam vero ut ad tranſmiſſionem juris accreſcendi propriùs deveniamus, ſi ex pluribus hæredibus, qui vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad eandem hæreditatem vocantur, aliquis poſt quam ſuam portionem adierit, deceſſerit, deficientes poſtea cohæredum portiones ad hæredem tranſmittit *l. hæc ſcriptura* 26. §. 1. *de condit. & demonſt. l. ſi patronum* 44. §. *ult. de bon. libert. l. ſi ex pluribus* 9. *in princip. de ſuis & legit.* Paulus *lib.* 4. *ſentent. tit.* 8. *de inteſt. ſucceſſ.* §. *ult. l. un.* §. *hæres itaque definitis* 10. *verſ. in his itaque C. de caduc.* §. *ult. inſtit. de S. C. orphit.* tum quia portio portioni, non perſonæ accreſcit, & rem, non perſonam ſequitur *l. ſi titio* 33. §. 1. *de uſu. & uſufructu l. ſi totam* 83. *hoc tit.* tum quia is qui partem adit hæreditatis, in eum caſum, quo cæteræ portiones poſtea deficiant, adiiſſe integram hæreditatem cenſetur, perinde etenim tunc habetur, ac ſi ſolus fuiſſet ad eam hæreditatem vocatus, *dict. l.* 59. §. *ult. de hæred. inſtit.* Duplex hæc ratio ſic amplius explicatur: accreſcens portio, ei qui portionem ſuam adiit, quamvis ignoranti, vel invito ipſo jure ſine nova acquiritur aditione *l. hæredi* 31. *dict. l.* 53. §. 1. *junct. l.* 80. §. *ult. hoc tit.* & eadem quoad omnes juris effectus cum principali portione eſſe intelligitur, ut latè fundat Bellonus *de jur. accreſ. cap.* 8. *quæſt.* 1. & *cap.* 9. *quæſt.* 43. *cum ſex ſequentib. quæſtion.* cum ergo principalis portio tanquam jam adita fuerit ad hæredes tranſmiſſa, accreſcens poſtea portio non poteſt non ad eundem tranſmiſſionis jure pertinere, ut docent cum pluribus Valent. 1. *illuſt. tract.* 1. *cap.* 2. *n.* 1. & 2. & Bellonus, *cap.* 7. *quæſt.* 62. *uſque ad num.* 19. Hoc ipſum 23

&

Digitized by Google

& in bonnrum poſſeſſionibus ſervatur, ſi quis etenim poſt agnitam ſuæ partis bonorum poſſeſſionem deceſſerit, deficientes poſtea aliorum, quibus eadem bonorum poſſeſſio competebat, portiones ad hæredem tranſmittit, ut potè quæ ipſo jure acquiruntur, *l. 3. §. ult. cum duabus legibus ſeqq. de bonorum poſſeſſ.* quin nova agnitione bonorum poſſeſſionis ſit opus, quæ ſemel dumtaxat agnoſcenda eſt: expreſſi textus in *l. ſed cum patrono 6. in fine prin. eod. tit. l. 2. §. ſi duo 8. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab.* & qui ſemel partis bonorum poſſeſſionem agnovit deficientibus poſtea cæterorum portionibus, ex aſſe bonorum poſſeſſionem agnoviſſe cenſetur, *l. ſi cohæredi 4. in princip. quis ordo in bon. poſſeſſ. ſervet.* Nec obſtat quod vulgo traditur bonorum poſſeſſionem hominis factum expoſcere, & ipſo jure nemini acquiri, ut dicebam *num.* 10. nam in præſenti præceſſiſſe pro parte agnitionem bonorum poſſeſſionis ſupponimus, quæ ad deficientes poſtea portiones neceſſaria juris ratione porrigitur. Nec magis refragatur textus in *l. ſi ita ſcriptum 8. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* ubi loquitur expreſsè Julianus de parte, quæ antè petitam bonorum poſſeſſionem accreverat, & meritò docet quod qui bonorum poſſeſſionem tunc agnoſcit, ſeparare portiones non poteſt, ſed vel utramque debet agnoſcere, vel neutram, ſic cum Cujacio, Antonio Goveano tradit Bellonus *dict. cap. 8. queſt. 1. num. 20. cum quinque ſeqq.* qui videndus omninò erit *dict. cap. 7. queſt. 62. ex num. 25.* ubi latè fundat, quod ſi ex re certa inſtitutus, dato cohærede, poſtquam rem ſibi relictam agnoverit, deceſſerit, ſi poſtea univerſalis cohæres deficiat, integram hæreditatem ad hæredem tranſmittit.

24 Tertiam & ultimam de tranſmiſſione ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctæ noſtri capitis partem attigimus, pro cujus expoſitione, ne in terminis offendatis, tum demum in communi ſententia dicitur ſubſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta, cum cohæres cohæredi ſubſtitutus invenitur, qui deficientem cohæredis portionem, ſubſtitutionis propter expreſſam teſtatoris voluntatem, & accreſcendi ſimul jure etiam ignorans ſine novæ aditionis interventu acquirere dicitur in *l. ſi quis hæres 35. in princ. hoc tit.* in quibus terminis communiter aſſerunt Interpretes, quod ſubſtitutio juris accreſcendi, cujus adjuvandi cauſa ad caducarias leges evitandas adjecta creditur *dict. l. un. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de caduc.* naturam induit, & qualitates aſſumit, ut probare videtur textus in *l. penult. in princ. §. 1. & 2. de injuſt. rupt.* juncto pro ejus explicatione & conciliatione cum *l. ſi poſthumus 14. in princ. verſ. nam & cum duobus de lib. & poſt.* Valent. *dict. lib. 1. tract. 1. cap. 2. num. 8. cum duob. ſeqq.* nam quod dici ſolet potentius eſſe jus ſubſtitutionis, quam jus accreſcendi, tunc ſolum verum eſt, cum non cohæres, ſed alter alicui ex hæredibus ſubſtituitur, ut in *dict. l. 2. §. 8. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab. cum ſimil.* At cum cohæres cohæredi ſubſtituitur jus accreſcendi per ſubſtitutionem potius confirmatur quam extinguitur. Verum communis hæc Interpretum opinio ex eo diſplicuit Santolariæ *dict. interpr. 9. §. 2. per tot.* quod jus accreſcendi propter ſolam neceſſitatem juris inductum negari non poteſt, ſed nulla neceſſitas urget, ut in eo qui jure ſubſtitutionis gaudet, jus accreſcendi introducatur, quia quidquid afferret jus accreſcendi, affert ſubſtitutio, ut notum eſt, ergo juri repugnat, ut in eadem perſona quoad eandem hæreditatem, jus accreſcendi ſimul cum jure ſubſtitutionis concurrat. Nec contrariam opinionem ex *dict. l. penult. in princ. & §. 1. & 2. de injuſt. rupt.* probari contendit, cujus deciſivam rationem ex perſpicuo textu in *l. 1. C. de liber. præter.* duſumendam concludit, melius quam Bellonus *cap. 10. queſt. 23. num. 96. cum duob. ſeqq.* In quo opinionum conflictu media quædam, ex qua hæc diſſidia in concordiam non difficulter rediguntur, Belloni ſententia placet, qui *dict. cap. 9. queſt. 34. num. 18.* multum intereſſe exiſtimat, an ut cauſa, an verò ut modus acquiſitionis jus accreſcendi conſideretur, nam quoties ut acquiſitionis cauſa conſideratur, concurrere ſimul cum ſubſtitutione non poteſt, ut evincit efficax juris ratio nuper expenſa qua utitur Santolaria, at ſi ut acquiſitionis modus conſideretur, nihil ſane prohibet, ut in eadem perſona quoad hæreditatem jus accreſcendi ſimul cum jure ſubſtitutionis concurrat, quod licet cohæres cohæredi ſubſtitutus non ex juris accreſcendi, ſed ex ſubſtitutionis cauſa ſuccedat, ipſo jure abſque nova aditione, quamvis ignorans deficientem portionem acquirit, perinde ac ſi per jus accreſcendi ſuccederet, juxta ſic intelligendum textum in *dict. l. 35. in princ. hoc tit.* & in hoc dumtaxat ſenſu vera eſſe communis Interpretum opinio poteſt, quæ tenet poſſe jus accreſcendi in eadem perſona, quoad eandem hæreditatem ſimul cum jure ſubſtitutionis concurrere.

In his itaque terminis celebris inter Doctores eſt controverſia, utrum ſi inſtitutus hæres & cohæredi ſubſtitutus, poſtquam ex inſtitutione adierit antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis deceſſerit, jus ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctum ad hæredem tranſmittat? Et cum pluribus Bellonus *dict. cap. 9. queſt. 35. ex num. 8.* Sentit quod etſi regulariter jus ſubſtitutionis antè aditam ex ejus cauſa hæreditatem ad hæredem non transferatur, ut dixi *cap. præced. num. 14. cum ſeq.* ſi tamen ſit cum accreſcendi jure conjunctum ad hæredem tranſmittitur, & ſequentibus utitur fundamentis, quorum primum hoc eſt: hæreditaria portio quæ hæredi, qui ſuam adit portionem, quamvis ignoranti ipſo jure ſine nova aditione acquireretur, ad ejus hæredem tranſmittitur, ut pro regula tradidi *n. 17.* ſed quoties ſubſtitutio eſt cum accreſcendi jure conjuncta deficientis cohæredis portio cohæredi ſubſtituto, ſi ſuperſtes eſſet, quamvis ignoranti ipſo jure ſine nova aditione acquireretur, diſerti textus in *dict. l. 35. in princ. hoc tit. l. ſi tu ex parte 76. in princ. verſ. reſpondit eod. tit.* pro cujus pleniori intelligentia conſulendi idem Bellonus *dict. cap. 9. queſt. 33. num. 4. cum quatuor ſeqq. & queſt. 34. num. 24.* Cheſius 1. *interpr. cap. 16. ex num 19.* & Valent. *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 6. ex num. 14. dict. l. 4. in princ. quis ordo in bon. poſſeſſ. ſerv. l. teſtamento 6. C. de impub. & al. ſubſtit.* ergo & ſi poſt ejus mortem cohæredis portio defecerit, debet utroque jure, accreſcendi ſcilicet & ſubſtitutionis ad ejus 25

hæredem pertinere. Secundò, ſic arguit Bellonus: quamvis regulariter hæres inſtitutus antè aditam hæreditatem decedens, nihil ad hæredem tranſmittat, inſtitutio tamen cum accreſcendi jure conjuncta, etſi inſtitutus pendente conditione decedat, ad ejus hæredem transfertur *dict. l. 53. in princ. hoc tit.* ergo & ſubſtitutio quæ ſecunda inſtitutio eſt, ubi fuerit cum accreſcendi jure conjuncta, quamvis ſubſtitutus cohæres antè deficientem cohæredis portionem deceſſerit, debet ad hæredem transferri. Tertiò, inſtitutus hæres cohæredi ſubſtitutus, ei qui ex parte purè, & ex parte ſub conditione inſtitutus eſt, ſimilis eſſe dicitur in *l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione* 13. *ad leg. falcid.* ſed ex parte purè, & ex parte ſub conditione inſtitutus, ſi poſtquam puram partem adierit, adhuc pendente conditione deceſſerit, conditionalem etiam portionem ad hæredem tranſmittit *dict. l. 5. in princ. hoc tit.* ergo & cohæredi ſubſtitutus, ſi poſt aditam hæreditatem deceſſerit, debet deficientem poſtea cohæredis portionem ad hæredem tranſmittere. Quartò, ſi cum accreſcendi jure conjuncta ſubſtitutio ad hæredem transſerri non poſſet, nihil omnino ab accreſcendi jure mutuaretur, ne ergo dicere cogamur inutilem prorsùs eſſe ſubſtitutionis cum accreſcendi jure unionem ſeu conjunctionem, fateri debemus, ſubſtitutionem ab accreſcendi jure cum quo conjuncta invenitur tranſmiſſionis effectum mutuare. Expendere tandem potuiſſet textum in *dict. l. un. §. his ita definitis* 10. *verſ. in his itaque C. de caduc.* ubi in noſtris terminis ſubſtitutionem cum accreſcendi jure conjunctam ad hæredem tranſmitti decidere Juſtinianus videtur.

26 Ex adverſo Santolaria cui libens ſubſcribo *dict. interp. 9. §. 2. num.* 1. aſſerit, quod ſi cohæres cohæredi ſubſtitutus poſt aditam ſuam portionem antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis deceſſerit, deficientem poſtea cohæredis portionem, non ex ſubſtitutionis, ſed ex juris accreſcendi cauſa ad hæredem tranſmittit, quod & agnoſcit Valent. *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 6. num. 6.* & eâ ratione demonſtratur: per mortem inſtituti hæredis, qui cohæredi fuerat ſubſtitutus, antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis contingentem, ſtatim jus ſubſtitutionis extinguitur, ergo ſubſtitutionis jure ceſſante ex neceſſitate jus accreſcendi introducitur, cujus virtute deficiens poſtea cohæredis portio ad aditam portiooem recurrit. Aſſumptum ex eo, quod Interpretes non advertunt, meo judicio confirmatur, quod ſi hæres ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutus, dato cohærede, poſtquam puram partem adierit pendente alterius partis conditione deceſſerit, pro dimidia conditionalis portionis parte, illico jus inſtitutionis extinguitur, & ſolum accreſcendi jus introducitur, ut ex eo dignoſcitur, quod ſtatim non expectato conditionis, quæ nihil operatur, eventu, dimidia illa conditionalis partis portio dato cohæredi accreſcendi jure defertur, & acquiritur *dict. l. 59. §. 6. de hæred. inſtit. junctis quæ dixi num.* 20. & verè ſi extinctum jus inſtitutionis non fuiſſet, foret adhuc expectanda conditio, eaque exiſtente dimidia etiam illa conditionalis portionis pars, non ad cohæredem, ſed ad hæredis hæredem inſtitutionis jure pertineret, ſed quia extinctum illicò jus inſtitutionis fuit, nec dimidia illa conditionalis partis pars data jure inſtitutionis ei dici poteſt, qui tempore dandi, id eſt exiſtentis conditionis tempore in rerum natura non fuit, ut concludit Celſus in *dict. l. 59. §. 6.* non expectata conditiune pars illa, quæ ſolo accreſcendi jure defertur ad ſolum cohæredem ſpectat. Tum ſic quemadmodum quoties cohæres cohæredi datus ſubſtitutus eſt, jus accreſcendi, ſi quidem ut acquiſitionis modus conſideretur, in eadem perſona quoad eandem hæreditatem ſimul cum jure ſubſtitutionis concurrit, ſic & quoties aliquis dato cohærede ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtituitur, jus accreſcendi in eadem conſideratione ſimul cum jure inſtitutionis concurrit, ut ex eo conſtat, quod ſi ſic inſtitutus puram ſemel partem adierit, ſi quidem eo adhuc ſuperſtite conditio extiterit, ex inſtitutione, ipſo tamen jure ſine novæ aditionis miniſterio, perindè ac ſi accreſcendi jure ſuccederet, integram conditionalem partem acquirit *dict. l. 59. §. 5 & 6.* juncta regula textus in *dict. l.* 80. *§. ult. hoc tit.* Sed quoties is, qui ex parte purè, ex parte ſub conditione fuit inſtitutus, poſt puram aditam portionem, adhuc pendente alterius partis conditione deceſſit, ſtatim jus inſtitutionis extinguitur, & accreſcendi juri fit locus, ſimiliter ergò quoties cohæres cohæredi ſubſtitutus poſt aditam ex inſtitutione portionem antè exiſtentem ſubſtitutionis caſum decedit, ſtatim jus ſubſtitutionis finitur; ſolumqueupereſt jus accreſcendi, cujus virtute ut deficiens poſtea cohæredis portio ad aditam portionem recurrat, & ſic ad hæredis hæredem pertineat neceſſe eſt.

Eandem præterea ſententiam firmant inevitabiles textus in *l. toties* 81. *hoc tit.* & in *dict. l. 9. verſ. alia cauſa eſt de ſuis & legit. hæred.* & Paul. *dict. lib. 4. ſent. tit. 8. de inteſt. ſucceſ. §. ult.* ait Ulpianus in *dict. l.* 81. quod toties videtur hæres inſtitutus etiam ex cauſa ſubſtitutionis adiiſſe, quoties acquirere ſibi poſſit, id eſt, inſtitutus hæres cohæredi ſubſtitutus, qui ſuam ex inſtitutione portionem adiit, toties deficientem poſtea cohæredis portionem ex cauſa ſubſtitutioois ab initio adiiſſe, aut quod idem eſt ex ſubſtitutione ſine nova aditione acquiſiſſe cenſetur, quoties acquirere ſibi poſſit, id eſt, quoties quo tempore ſubſtitutioois caſus extiterit ſuperſtes adhuc ſit, nam ſi mortuus eſſet (ſubjungit) *ad hæredem non transferret ſubſtitutionem.* Hoc ipſum ſubſcripſit Marcianus in *dict. l.* 9. ubi poſtquam dixerat quod ſi ex pluribus legitimis hæredibus aliquis poſt ſuam aditam portionem deceſſerit, deficieotes poſtea cohæredum portiones virtute juris accreſcendi ad hæredem tranſmittit, aliam eſſe cauſam ſubjicit inſtituti hæredis, & cohæredi ſuo ſubſtituti, huic enim vivo defertur ex ſubſtitutione hæreditas, non etiam ſi deceſſerit hæredem ejus ſequitur, quod & Paulus docuit *dict. lib. 4. tit. 8. §. ult.* ergò ſubſtitutio etiam cum accreſcendi jure conjuncta ad hæredem transferri non poteſt. Nec ferendi ſunt Cujacius *lib. 12. obſerv. cap.* 11. eique conſentienres Valent. *lib. 1. tract. 1. cap. 2. num. 11. cum ſeq. & lib. 3. tract. 1. cap. 6. num. 5.* Bellonus *dict. cap. 9. quæſt. 35. num.* 14. Dum aſſerunt inter hæredes inſtitutos ſublatum omninò fuiſſe jus ac- 27

Digitized by Google

creſcendi legibus caducariis, ad quas expenſi textus ſunt referendi, & in quibus cum tunc temporis dici non poſſet ſubſtiutio cum accreſcendi jure, quod nullum erat, conjuncta, ſi inſtitutus hæres cohæredi ſubſtitutus poſt aditam ex inſtitutione portionem antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis decederet, deficientem poſtea cohæredis portionem ad hæredem non tranſmittebat, quia jus ſudſtitutionis per ſe ſolum, nec cum accreſcendi jure conjunctum ad hæredem transferri non poteſt, nam hæc evaſio præter quam quod falſa in ſe eſt, cum certum ſit etiam caducariis legibus ſtantibus, plurimis in caſibus accreſcendi juri locum fuiſſe, ut ad rem latè & doctè tradunt Santolaria *dict. interpr. 9. §. 3. per tot.* & Ramos *lib. 4. ad leg. Jul. & Pap. reliq. 37. per tot.* ex eo manifeſtè convincitur, quod Ulpiani ſæculo, qui & caducarias leges agnovit, & autor eſt textus in *l. 81. hoc tit.* quoties cohæres cohæredi ſubſtitutus erat, dicebatur ſubſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta, ut idem Ulpian. affirmat in *dict. l. 35. in princ. hoc tit.* & tamen ad hæredem non transferebatur: ergò ſubſtitutio etiam cum accreſcendi jure conjuncta ad hæredem tranſmitti non poteſt.

28 Verum majori adhuc explicatione indiget textus in *dict. l. 9. de ſuis & legit. hæred.* ubi dum Marcianus reſpondet quod ſi inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus poſt aditam ſuam portionem deceſſerit deficiens poſtea cohæredis portio ejus hæredem non ſequitur, ſentire ſane videtur quod nec ſubſtitutionis nec accreſcendi jure deficientem poſtea cohæredis portionem ad hæredem tranſmittit, cujus contrarium aſſeruimus *n. 26.* & Juſtinianus decidit in *dict. l. un. §. 10. verſ. in his itaque C. de cad.* Dicendum tamen pro ſolution. eſt Marcianum in *dict. l. 9.* id ſolum docuiſſe, quod ſcilicet, quamvis inter hæredes ab inteſtato indiſtinctè accreſcendi jus ejuſque tranſmiſſioni ſit locus, quia & indiſtinctè in legitimis hæreditatibus caducis locus non eſt, alia tamen eſt cauſa hæredis inſtituti & cohæredi ſuo ſubſtituti, huic enim ſi ſuam portionem adierit, & ſuperſtes adhuc ſit, deficiens cohæredis portio ex cauſa ſubſtitutionis defertur & ipſo jure acquiritur, quamvis ex eo portio defecerit, quia cohæres cœlebs fortaſſis, vel latinus intra centeſimum cretionis diem legibus non obtemperarit, jus etenim ſubſtitutionis tanquam ex expreſſo teſtatoris judicio deſcendens fiſcum excludit & caducis omnino præfertur *l. titius 24. cum leg. ſeq. de hæred. inſtit. dict. l. un. in princ. verſ. ſed & ipſis C. de caduc.* at ſi inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus poſt aditam ſuam portionem antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis deceſſerit, deficiens poſtea cohæredis portio ejus hæredem non ſequitur, ſi jus ſubſtitutionis inſpicimus, quod extinctum per mortem invenitur ſed ad eum accreſcendi jure pertinebit, ſi quidem ex eo defecerit, quod cohæres repudiaverit, vel ante aditionem deceſſerit, quia tunc fiſco locus eſſe non potuit ex jam dictis *num. 19.* ſi verò ex eo defecerit quod cœlebs forſam, vel latinus cohæres intra dies centum cretionis legibus non paruerit ad fiſcum ſpectabit, non ad hæredis hæredem, cui nec jus ſubſtitutionis, per mortem jam extinctum, nec accreſcendi jus per caducitatem excluſum ſuffragantur, & in ſumma Marcianus docet quidem jus ſubſtitutionis tranſmitti ad hæredem non poſſe, nec negat tranſmiſſionem juris accreſcendi, niſi fuerit per caducitatem excluſum, quod & nos aſſerimus, & tradunt Paulus *dict. lib. 4. ſentent. tit. 8. § ult.* & Ulpian. *lib. 13. ad leg. Jul. & Pap. in dict. l. 81. hoc tit.* docet illuſtris Ramos *dict. lib. 4. reliq. 37. n. 4.*

Nec tunc pro contraria opinione *num. 25.* 29
adducta refragantur fundamenta, quorum primo reſpondeo quod generalis illa regula, quæ habet quod hæreditaria portio, quæ hæredi, qui ſuam adiit portionem, quamvis ignoranti, ipſo jure ſine nova aditione acquireretur, ad ejus hæredem tranſmittitur, intelligenda ſic eſt, ſi ſcilicet adhuc poſt mortem jus illud perſeveret, ex cujus cauſa ſuperſtiti deficiens portio acquireretur, ut videre eſt in jure accreſcendi, quod quia per mortem non extinguitur, niſi fuerit per caducitatem excluſum ad hæredem tranſmittitur; at ſi jus illud ex cujus cauſa inſtitutio hæredi ſi ſuperſtes eſſet, deficiens cohæredis portio acquireretur per ejus mortem expiret, tranſmiſſioni locus eſſe non poteſt, prout in præſenti contingit, quoties enim inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus, poſtquam ſuam portionem adierat, antè exiſtentem ſubſtitutionis caſum decedit, ſtatim jus ſubſtitutionis extinguitur, de cujus tranſmiſſione ne diſputari quidam jam poteſt, ſolumque ſupereſt accreſcendi jus, quod niſi caducariis legibus fuerit impeditum ad hæredem transfertur. Minus ſane negotium ſequentia duo exhibent fundamenta, quæ imo ſic in ipſos adverſarios retorqueo: poteſt inſtitutio non minus quam ſubſtitutio in una eademque perſona quoad eandem hæreditatem ſimul cum accreſcendi jure conjungi, ut in eo videre eſt, qui ex parte purè, ex parte ſub conditione fuit hæres ſcriptus, cui inſtitutus hæres exhæredi ſuo ſubſtitutus ſimilis eſſe dicitur *dict. l. 1. §. 13. ad leg. falcid.* ſed inſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta, ſi inſtitutus hæres poſt puram aditam portionem adhuc pendente alterius partis conditione deceſſerit, ad hæredem non tranſit: expreſſus textus in *dict. l. 59. §. 6. de hæred. inſtit. junctis quæ dixi n. 26.* Quibus nec reſiſtit textus in *dict. l. 53. in prin. hoc tit.* ubi tranſmiſſio non inſtitutionis per mortem extinctæ, ſed accreſcendi juri accepto ferenda eſt, ergo ſimiliter ſubſtitutio etiam cum accreſcendi jure conjuncta, ſi inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus, poſt ſuam aditam portionem antè exiſtentem ſubſtitutionis caſum deceſſerit, tranſmitti ad ejus hæredem non poteſt. Quartum in ſuper fundamentum non obſtat, nam etſi cum accreſcendi jure conjuncta ſubſtitutio ad hæredem non transferatur, non ideo inutilis aut ſupervacua eſt ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctio, quæ illum effectum operatur, ut quandiu ſubſtitutio perſeveret, deficiens cohæredis portio hæredi, qui ſuam adiit portionem quamvis ignoranti abſque novæ aditionis miniſterio ipſo jure quæratur *dict. l. 35. hoc. tit.* cum aliis adductis *dict. n. 25.* qui acquirendi modus non ſubſtitutionis, ex cujus cauſa, aditionem intervenire requiritur, ſed accreſcendi juris eſt proprius; nec contrariæ tandem opinioni Juſtinianus favet in *dict. l. un. §. 10. verſ. in his itaque C. de cad.* ubi docet quidem quod hæres inſtitutus cohæredi ſuo ſubſtitutus, ſi quidem poſt aditam ex inſtitutione

portionem deceſſerit, deficientem poſtea cohæredis portionem ad hæredem tranſmittit, non tamen ſobſtitutionis tanquam per mortem extinctæ, ſed ſolo accreſcendi jure, cujus poſt caducarias leges ea conſtitutione abrogatas quoad fiſcum excludendum, eadem, quæ ſubſtitutionis poteſtas eſt.

30 Ex quibus, omiſſis quæ traduns Bellonus *dict. cap. 9. quæſt. 31. n. 14. cum tribus ſeqq.* & Valent. *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 6. n. 7.* explicandi ſuut textus qui noſtram ſententiam confirmant in *l. qui plures 23. & in l. Lucius titius 45. §. 1. de vulgar. ſubſtit.* in quibus ſcriptum eſt, quod ſi plures hæredes inſtituti invicem fuerint ſubſtituti, & ex eis aliquis poſt ſuam aditam portionem antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis deceſſerit, moxque ex eis alter repudiaverit, repudiata portio ad eos dumtaxat ex causâ ſubſtitutionis pertinet, qui tunc temporis ſuperſtites adhuc ſint, nec aliqua ejus pars ad ejus hæredem ſpectat, qui antè exiſtentem ſubſtitutionis caſum deceſſit. Tum ſic: reciproca inter hæredes concepta ſubſtitutio in ratione modi acquiſitionis ſimul cum accreſcendi jure conjungitur *dict. l. 6. C. de impub. & al. ſubſtit.* & tamen ad hæredem tranſmitti non poteſt, ergo nec cum accreſcendi jure conjuncta ſubſtitutio ad hæredem transfertur, unde cum reciproca ſubſtitutio quoad eum qui poſt ſuam aditam portionem ante cohæredis repudiationem deceſſit, penitus extinguatur, ſolum accreſcendi jus quoad ejus perſonam poterat ſupereſſe, quod tamen per reciprocam ſubſtitutionem excluditur, quæ in ſuperſtitum cohæredum perſonis locum habet, exploratum namque eſt, jus ſubſtitutionis, tanquam teſtatoris voluntate, legiſque diſpoſitione ſubnixum potentiùs efficaciuſque eſſe, quam jus accreſcendi, quod ſola juris neceſſitas induxit *l. ult. in princ. de vulg. dict. l. 2. §. 8. de bon. poſſeſ. ſecund. tab.* ut ad rem ex Cujacio & aliis diſputat D. Ramos. *in M. S. ad tit. de vulgar. cap. 2. n. 14. cum ſeq.* Hinc perſpicuè infertur quod ſi quo tempore hæres repudiaverit nullus ex ſubſtitutis in rerum natura ſit, extincta jam in omnium perſonis reciproca ſubſtitutio accreſcendi jure, quod ſolum tunc ſupereſt ad omnes defunctorum hæredum hæredes neceſſario repudiata portio pertinebit, ut ſpecioſa brevitate animadvertit Antonius Goveanus in *dict. l. 45. §. 1. de vulgar.*

35 Ad eandem etiam hanc partem ſobſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctæ pertinet difficillimus textus in *dict. l. 35. in princ. verſ. idem dico hoc tit.* ubi poſtquam dixerat Ulpianus qood hæres ex parte inſtitutus, cohæredique ſuo ſubſtitutus, ſi antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis pro hærede geſſerit, repudiante poſtea cohærede, ipſo jure ſinè nova aditione hæres ex cauſa ſubſtitutionis exiſtit, perindè ac ſi accreſcendi jure ſuccederet, idem dicendum adjicit, ſi filius familias, vel ſervus hæredes inſtituti, & ſuis cohæredibus ſubſtituti Patris, vel Domini juſſu ex inſtitutione adierint hæreditatem, & mox emancipatus, vel manomiſſus ex cauſa ſubſtitutionis adeant, *erunt namque hæredes* (concludit) *ſunt enim appendices præcedentis inſtitutionis*: quibus verbis id ſibi Ulpianum voluiſſe exiſtimarunt Cujacius 12. *obſerv. cap.* 12. Anton. Fab. 55. *conject. cap.* 20. & Valent. *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 5. n. 3. cum ſeq.* ut ſcilicet Pater vel Dominus qui per filii vel ſervi aditionem hæreditatis partem ex inſtitutionis cauſa acquiſierunt, ipſo jure exiſtente caſu ſubſtitutionis ex ejus cauſa ſine nova aditione deficientem cohæredis portionem acquirant, etſi filius familias vel ſervus jam antè emancipatus, vel manumiſſus ex cauſa ſubſtitutionis adierint, & rationem in eo conſtituunt, quod deficiens cohæredis portio, quæ ex cauſa ſubſtitutionis cum accreſcendi jure cõjunctæ defertur, & ipſo jure acquiritur, ad jam aditam, & patri vel domino acquiſitam potrionem recurrit, eſt enim cohæredi facta ſubſtitutio præcedentis inſtitutionis appendix, nec deficiens cohæredis portio alii ex cauſa ſubſtitutionis acquiri poteſt, quam ei, qui partem aliam hæreditatis ex inſtitutione acquiſierit. Verum hæc interpretatio non placet, nam quod ſæpè diximus, quod inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus, qui ſuam partem adiit, deficientem poſtea cohæredis portionem ex cauſa ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctæ ſine nova aditione adhuc ignorans acquirit, tunc ſolum procedit, cum per ſemetipſum hæreditatem acquirit, in quibus terminis loquuntur textus, ex quibus hoc principium deſumitur in *dict. l. 35. in prin. dict. l. 76. verſ. idem reſpondit hoc tit. dict. l. 4. in prin. quis ord. in bon. poſſeſ. ſerv. dict. l. 6. C. de impub. & al. ſubſtit. dict. l. un. §. 10. C. de caduc.* At ſi per alium hæreditas acquiratur, contrarium omnino ſervari efficax juris ratio perſuadet, nam licet inſtitutio dicatur cum accreſcendi jure conjuncta, quoties aliquis ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtituitur, ſi tamen ſervus ex parte purè, ex parte ſub conditione, vel ſolus, vel cum aliis ſimul hæres inſtitutus ſit, quamvis jubenti Domino puram partem acquiſierit, ſi exiſtentis conditionis tempore manumiſſus, vel alienatus inveniatur, vel ſibi, vel novo Domino conditionalem partem acquirit, quin imo quamvis in prioris Domini poteſtate permanſerit non ideò ei ipſo jure poſt conditionis exiſtentiam conditionalem partem jure inſtitutionis acquirit, ſed novo juſſu, novaque aditione opus eſt, quia quoties per alium eſt hæreditas acquirenda, dici non poteſt inſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta *dict. l. 80. §. 2. & ult. hoc tit. junctis quæ dixi n. 22.* ergo nec dici poterit ſubſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta, quoties de hæreditate per alium acquirenda tractatur, ac per conſequens filius, vel ſervus hæredes inſtituti, cohæredibuſque ſuis ſubſtituti, quamvis Patris vel Domini juſſu ex inſtitutione adierint hæreditatem, ſi antè exiſtentem caſum ſubſtitutionis emancipatus aut manumiſſus fuerint, deficientem cohæredis portionem ſibi, non Patri, vel Domino acquirent, imo etſi in Patris, vel Domini poteſtate permanſerint, novo juſſu, novaque aditione opus erit argumento textus *in dict. l. 80. §. 2. & ult. junct. dict. l. 1. §. 13. ad leg. falcid.*

Sed tunc ſummè difficilis Ulpianus, qui contrarium diſertis verbis docere videtur *in dict. l. 35. in prin. verſ. idem dico hoc tit.* quem ut explicat Santolaria *dict. interpr. 9. §. 4. n. 5. cum ſeq.* id ipſum, quod nunc diximus agnoſcens, exiſtimat in eo textu deficientem poſt filii, vel ſervi emancipationem, vel manumiſſionem cohæredis portionem ſolo accreſcendi jure Patri, vel Domino acquiri, quia extincta fuit ſubſtitutio, quod ſic probat: ea eſt natura ſubſtitu- 32

tionis inter cohæredes factæ, ut is demum ex ejus cauſa poſſit ad deficientem portionem admitti, qui ex inſtitutione hæres extiterit, voluiſſe etenim teſtator cenſetur, ut ea ſubſtitutio eſſet præcedentis inſtitutionis appendix, & cum filius, vel ſervus ea inſtitutione hæredes non extiterint, emancipatione vel manumiſſione ſequuta, extinguitur ſubſtitutio, quæ nec in filio, vel ſervo conſiſtit, qui hæredes non extiterunt, nec magis in Patre, vel Domino, qui nec hæredes fuerunt ſcripti, nec ex teſtatoris judicio, ſed ſola legis poteſtate partem acquiſierunt, ad quam accreſcendi jure, quod ſolum tunc ſupereſt extincta ſubſtitutione, deficiens poſtea cohæredis portio neceſſario recurrit. Quæ ſolutio ex eo etiam diſplicet, quod etſi daremus eam eſſe ſubſtitutionis inter cohæredes factæ naturam, ut is demum poſſit ex ejus cauſa ad deficientem cohæredis portionem admitti, qui ex inſtitutione hæres extiterit ut ab argumento probare videtur textus in *dict. l. 23. in fin. de vulgar.* quod nunc diſputare ad rem noſtram non ſpectat, adhuc tamen *in dict. l. 35. verſ. idem dico* filius, vel ſervus quamvis patri, vel domino ex inſtitutione hæreditatis partem acquiſiiſſent, hoc ipſo quod ante exiſtentem caſum ſubſtitutionis emancipatus, vel manumiſſus fuiſſent, deficientem poſtea cohæredis portionem poſſent ſibi ex cauſa ſubſtitutionis, quæ adhuc duraret, acquirere, nec enim per emancipationem aut manumiſſionem in eorum perſonis ſubſtitutionis conditio defeciſſet, cum filius vel ſervus, qui patri, vel domino hæreditatem acquirunt, hæredes extitiſſe dicantur ex his quæ docte tradit Pichard. *in lect. ad tit. de leg.* 1. *cap. 9. cum ſeq.* unde licet pupillaris ſubſtitutio generalibus verbis ita concepta *quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo intra pubertatem mortuo hæres eſto*: ejus ſit naturæ ut ex ejus cauſa is ſolum pupillo poſſit ſuccedere, qui patri hæres extiterit §. *ſubſtituitur 7. inſtit. de pupil. ſubſtit.* ſi tamen filius, vel ſervus patri, vel domino partem paternæ hæreditatis ex inſtitutione quæſierint, emancipatus poſtea, vel manumiſſus ſibi pupillarem hæreditatem ex cauſa generaliter conceptæ pupillaris ſubſtitutionis acquirunt, juxta textum in *l. 3. & in l. qui liberis* 8. §. *ult. de vulgar.* quos ſic expoſui *in Academ. de pupill. ſubſt. cap. 1. n. 27.* & ſic intelligit illuſtris Ramos. *in M. S. ad textum in l. re conjuncti* 89. *de leg. 3. cap. 1. n.* 20. quidquid immeritò reclamet Santolaria *dict. n.* 4. ergo *in dict. l.* 35. quamvis filius, vel ſervus hæreditatis partem ex inſtitutione patri vel domino acquiſierint, poſtea emancipatus, vel manumiſſus deficientem cohæredis portionem omnino ex cauſa ſubſtitutionis ſibi debuerunt acquirere.

33 Dicendum itaque potius eſt cum Accurſio, Bartolo, Alberico, Gothofredo & aliis quibus ſubſcribunt Pichardus in *lect. ad noſt. tit. cap.* 28. *n.* 90. & Bellonus *dict. cap. 9. quæſt. 33. n.* 11. verba illa textus in *dict. l. 35. in prin. verſ. idem dico hoc tit.* ibi: *erunt namque hæredes*, non ad patrem, vel dominum, ſed ad emancipatum filium, vel manumiſſum ſervum referri oportere, ita ut ſenſus ſit, quod licet filius, aut ſervus hæredes inſtituti, & ſuis cohæredibus ſubſtituti patri, vel domino ex inſtitutione hæreditatis partem acquiſierint, emancipatus vel manumiſſus deficientem poſtea cohæredis portionem ſibi ex cauſa ſubſtitutionis acquirunt. Sed huic interpretationi, & textus littera & deciſiva ratio repugnare ſimul videtur, nam poſtquam dixit Ulpianus, quod inſtitutus hæres cohæredi ſuo ſubſtitutus, ſi ex inſtitutione adierit, deficientem poſtea cohæredis portionem ipſo jure acquirit ex cauſa ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctæ, ſtatim ſubjicit: *idem dico etſi filius familias, &c.* Quibus verbis cum idem in utraque ſpecie dicendum reſpondeat, ſentit manifeſtè, quod pater, vel dominus, qui per filium aut ſervum partem hæreditatis ex inſtitutione quæſierunt, indiſtinctè in omnem deficientis cohæredis eventum ipſo jure ex cauſa ſubſtitutionis cum accreſcendi jure conjunctæ hæredes exiſtunt, quod & deciſiva illa ratio demonſtrat, quod ſcilicet eſt hujuſmodi ſubſtitutio præcedentis inſtitutionis appendix, id eſt ex ſubſtitutione delata portio tanquam appendix ad aditam ex inſtitutione principalem portionem recurrit. Verum omiſſa non improbabili ſolutione Pichardi *dict. cap.* 28. *n.* 91. Bellono conſentio qui *dict. quæſt. 33. n.* 11. *circa fin.* acutè reſpondet Ulpianum *in dicta l.* 35. in illis verbis *idem dico* non paritatem, aut inter utramque ſpeciem ſimilitudinem denotare voluiſſe ſed quandam conſequentiam quæ locum habet in oppoſito. Dixerat quod hæres inſtitutus cohæredi ſuo ſubſtitutus, qui ex inſtitutione adierat, delatam ſibi ex ſubſtitutione cum accreſcendi jure conjuncta cohæredis portionem ipſo jure ſine nova aditione acquirit; ſubjicit idem dicendum, ſcilicet è contrario, quod ubi ſubſtitutio per ſe ſola conſiſtit, nec cum accreſcendi jure concurrit, qui ex inſtitutione hæres extitit, ex ſubſtitutione hæres ipſo jure non fit, ſed nova aditione opus habet, & cum ſubſtitutio tum demum cum accreſcendi jure concurrat, cum quis per ſemetipſum hæreditatem acquirit, docet, quod ubi filius vel ſervus hæredes fuerunt ſcripti & cohæredibus ſubſtituti (quo caſu dici non poteſt ſubſtitutio cum accreſcendi jure conjuncta ex dictis *num.* 31.) quamvis patri vel domino partem hæreditatis acquiſierint, emancipatus vel manumiſſus deficientem cohæredis portionem ſibi ex cauſa ſubſtitutionis acquirunt; ſunt enim appendices præcedentis inſtitutionis, ideſt, (ſic hæc verba omiſſo Bellono melius explicari poſſe exiſtimo) hujuſmodi ſubſtitutio cohæredi facta eſt præcedentis inſtitutionis appendix, ita ut deficiente cohærede, is ſolum poſſit hæres ex cauſa ſubſtitutionis exiſtere, qui hæres fuerit inſtitutus, quod tunc ſolum contigit cum quis per ſemetipſum hæreditatem acquirit, non cum per alium acquirenda eſt hæreditas, niſi quo tempore caſus ſubſtitutionis extiterit, filius, aut ſervus, in eadem cauſa permanſerint, & denuo deficientem portionem adierint. Undè cum *in dict. verſ. idem dico* per ſe ſolum jus ſubſtitutionis conſiſtat, nec cum accreſcendi jure concurrat, ad domini, vel Patris hæredem tranſmitti in omnium interpretum ſententia non poterit.

Quod de vulgari ſubſtitutione diximus, hoc ipſum & in pupillari ſubſtitutione procedere tandem animadvertimus, nam etſi pupillaris ſubſtitutionis jus ſi per ſe ſolum conſiſtat, ad hæredem non transferatur *dict. l.* 8. §. *ult. l. qui habebat* 47. *de vulg.* niſi forſan frater fuerit impuberi fratri ſubſtitutus, qui cum ipſo jure 34

neceſſarius hæres exiſtat, etiam ignorans ad inſtar ſui hæredis fraternam hæreditatem ad hæredem tranſmittit *argumento textus in l. ſed & in illo* 18. *de reb. dub.* ſi tamen fuerit cum accreſcendi jure conjuncta, prout contingit, quoties ex parte inſtituto impuberi ejus cohæres datus ſubſtitutus eſt *l. ſed ſi plures* 10. §. *idemque eſt* 3. *de vulgar. l. quidam* 20. *C. de jur. deliber.* junctis quæ dixi *in Academ. de pupill. ſubſt. cap.* 4. *n.* 18. ad hæredem tranſmitti commmunis interpretum tenet ſententia quam & amplexi fuimus *dict. cap.* 4. *n.* 19. & nunc ingenuè falſam agnoſcimus *ex ſupradictis ex num.* 26. Dicimus itaque cum Santolaria *dict. interpr.* 9. §. 2. *num.* 8 ex cujus doctrina poteſt ſatisfieri his, quæ in contrarium diſputat Bellonus *dict. cap.* 9. *quæſt.* 39. *per tot.* & præcipuè *ex num.* 15. quod ſi ex parte ſcriptus hæres impuberi cohæredi ſubſtitutus poſt aditam paternam hæreditatem adhuc ſuperſtite pupillo deceſſerit, quamvis ſtatim jus ſubſtitutionis finiatur, accreſcendi jure, quod ſolum tunc ſupereſt, decedentis poſtea impuberis hæreditatem ad hæredem tranſmittit juxta textum ſic intelligendum in *l. qui patri* 59. *hoc tit.* cui non opponitur textus in *dict. l.* 50. *in princ. de vulgar.* ubi cum plures fuiſſent inſtituti & cohæredi impuberi ſubſtituti, & ex eis aliqui poſt aditam paternam hæreditatem deceſſerint, ſoli ſuperſtites ex ſubſtitutione hæredes exiſtunt, tum quia ſubſtitutio generaliter fuit concepta ex regula textus in *dict. l.* 8. §. *ult. eod. tit.* tum quia etſi ſpecificè concepta fuiſſet, in defunctorum perſonis extingueretur, ſolumque quoad ejus hæredes jus accreſcendi ſupereſſet, quod per pupillarem ſubſtitutionem, quæ in ſuperſtitum perſonis locum habet, neceſſario deberet excludi, argumento eorum quæ diximus *num.* 30.

CAPUT TERTIUM.

De hæreditatum tranſmiſſionibus ex novis conſtitutionibus.

1 QUidnam circa nondum aditæ hæreditatis tranſmiſſionem cautum jure Pandectarum fuerit latè jam vidimus. Nunc de novis Principum conſtitutionibus diſpiciamus, inter quas primum locum obtinet Theodoſiana, quæ extat *in l. un. C. de his qui ante apert. tab. hæred. tranſm.* & à Juſtiniano illibata relinquitur *in l. un.* §. *in noviſſimo* 5. *verſ. exceptis C. de caducis*, cujus ſumma hæc eſt: cum antiquitus ex liberis ſui hæredes dumtaxat, paternam hæreditatem etiam ignorantes, & antè immixtionem decedentes ſuitatis poteſtate ad quemcumque ſucceſſorem tranſmitterent, ſtrictiſſimum ſanguinis & charitatis vinculum, quod inter parentes & liberos, etiam patriæ poteſtatis, & ſuitatis juribus ſecluſis verſatur, attendens Theodoſius ſtatuit ut filii, ſeu filiæ, nepotes, aut neptes, pronepotes, aut proneptès in ſacris paternis non exiſtentes à patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia, ſive ſoli, ſive cum extraneis ſimul hæredes ſcripti, ſi quidem antè apertas teſtamenti tabulas deceſſerint, ſive ſe noverint ſcriptos hæredes, ſive ignoraverint, ad liberos ſuos cujuſcumque ſint ſexus vel gradus derelictam ſibi hæreditariam portionem tranſmittant. Quæ nova tranſmiſſionis ſpecies ex potentia ſanguinis oriri tam à pragmaticis, quam à Theoricis interpretibus quorum non nullos ſuis locis referemus, communiter, & rectè dici ſolet, cum non ſuitatis ſed ſolo ſanguinis jure nitatur, & in eorum dumtaxat liberorum gratiam fuerit introducta, qui patriæ poteſtatis aut ſuitatis jure non gaudent, quales ſunt ex materna linea deſcendentes *l. nulla fœmina* 13. *de ſuis & legit. hæred. junct.* §. *ult. inſtit. de Patria poteſt.* aut à Parentibus emancipati *l.* 3. *verſ. quod ſi C. de jur. delib.* non ſuorum hæredum, quibus non modo inutilis, verum & noxia hujuſmodi conſtitutio eſſet, ut potè qui communi jure non modo ad liberos, ſed & ad quemcumque ſucceſſorem quamvis penitus extraneum paternam hæreditatem tranſmittunt, ut præcedenti capite diſputavi, & ſi fuiſſent Theodoſiana lege comprehenſi ad ſolos liberos, non ad extraneos hæredes paternam hæreditatem tranſmitterent, quod magna ex parte ſuitatis & tranſmiſſionis jura minueret ut cum Duareno, Oſſualdo. Anton. Fabro & aliis ad rem conſiderat D. Joſephus Vela *diſſert. hiſpal.* 11. *n.* 87. Si dicas quod nec emancipati liberi Theodoſiano indigent beneficio, quia à Prætore dum ad paterna bona vocantur ad ſuorum hæredum conceptum reſciſſa emancipatione rediguntur *l. ſed cum patrono* 6. §. 1. *de bon. poſſeſſ. l.* 3. §. *ſi emancipatus* 5. *de bon. poſſeſ. cont. tab.* text. ſic intelligendus *in l.* 1. *in princ. quis ord. in bon. poſſeſ. ſerv.* §. *emancipati* 9. *de hæred. quæ ab inteſt. defer. principio inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* junctis quæ dixi *in Academ. ad tit. C. de collat. cap.* 1. *n.* 5. ac proinde communi jure paterna bona debent ad quemcumque ſucceſſorem etiam omnino extraneum tranſmittere; Reſpondeo quod emancipationis reſciſio à Prætore inducta non eſt totalis, ſed partialis, id eſt viam ſolum ſtruit, ut emancipati liberi ad bonorum poſſeſſionem admittantur, non autem efficit, ut quoad reliquos juris effectus in poteſtate fuiſſe credantur, aut ſuitatis juribus gaudere intelligantur ut ad rem aliam docuit Anton. Faber *de error. decad.* 40. *error.* 7. *n.* 2. ſuitatis autem jure ceſſante ſolum ſupereſt jus ſanguinis, quod Theodoſiana conſtitutione ſuffultum ad liberos tranſmiſſionem inducit.

Hujus autem Theodoſii conſtitutionis deciſiva ratio non ſtatim occurrit, quam inveſtigare neceſſum eſt, ut occurrentes quæſtiones facilius expediantur, & quidem ſubtilis Guffredus *in l. ventre præterito* 84. *hoc tit. n.* 14. *cum duobus ſeqq.* exiſtimavit, quod cum ante Juſtinianum in *dict. l. un.* §. 5. *C. de caducis*, & ſic Theodoſii etiam temporibus, qui multum ante Juſtinianum imperavit propter caducarias leges ex parte inſtitutus hæres, ad ejus diſcrimen, qui ex aſſe inſtitutus erat, ante apertas teſtamenti tabulas, adire hæreditatem non poſſet *l.* 1. §. *ult. de jur. & fact. ignor. l. multum* 21. *de cond. & demonſt.* junctis quæ dixi *ad tit. quand. dies leg. ced. cap.* 1. *n.* 8. *cum quatuor ſequentibus*, eveniebat ut liberi in paternis ſacris non exiſtentes ab aſcendentibus ex parte hæredis ſcripti, ſi quidem ante apertas teſtamenti tabulas, & ſic antequam adire hæreditatem potuiſſent, diem ſuum obirent non dum aditam paternam aut maternam hæreditatem nec ad liberos poſſent transferre; cui incommodo ut provideret Theodoſius, in- 2

dignum eſſe exiſtimans fortuitas ob cauſas, vel caſus humanos, liberos paterna vel materna ſucceſſioue fraudari, alioſque adverſus paternum aut maternum deſiderium, vel inſtitutum inſperato commodo hæreditatis gaudere, conſtituit, ut hujuſmodi liberi ab aſcendentibus ex parte hæredes ſcripti ante apertas teſtamenri tabulas, & ſie eo tempore quo propter juſtum, & ex legibus ortum impedimentum hæreditatem adire non dum potuerant, decedentes ad liberos jus adeundi tranſmittant, ſive ſciverint, ſive ignoraverint ſe hæredes ſcriptos, cum etſi maximè ſciiſſent, ante apertas tabulas hæreditatem adire non potuiſſent. Hinc infert Goffredus quod liberis ex aſſe ab aſcendentibus inſtitutis Theodoſianum non competit beneficium, ut pote qui etiam ante apertas teſtamenti tabulas hæreditatem adire non impediebantur, & quamvis ſe ex aſſe inſtitutos ignoraverint, non eo magis ſi ante aditionem deceſſerint, ad liberos hæreditatem tranſmittunt, nec enim adeundæ hæreditatis impedimentum ex inſtituti hæredis ignorantia proveniens poteſt æquitatem tranſmiſſionis inducere, ut *ex l. 3. §. ult. ad Syllan. l. 1. §. nonnunquam 8. cum §. ſeq. ſi mul. vent. nom. in poſſeſſ. dic. dict. l. 84. hoc tit.* dicebam *primo cap. num. 30. cum pluribus ſequentibus*, & adjicit ea ratione Theodoſium in *dict. l. unic. C. de his qui antè apert. teſtam. tab. hæred. tranſm.* non de deſcendenti ex aſſe inſtituto loqui, ſed de deſcendentibus, ſivè ſolis, ſivè cum extraneis ſimul hæredibus inſtitutis, & ſic ex partibus hæreditatis, nec hæreditatem, ſed hæreditariam portionem ad liberos tranſmitti jubere, ut ſcilicet ſignificet eis dumtaxat liberis, qui ex parte fuerint inſtituti, ex conſtitutione proſpectum eſſe, nam hæreditariæ portionis nomine comprehendi integra hæreditas non poteſt *l. nomen 164. §. 1. de verb. ſignif.* Verum adverſus Goffredum illud confeſtim ſe offert, quod liberi intra tertium gradum conſtituti, de quibus Theodoſiana loquitur conſtitutio, etiam ex parte à parentibus hæredes ſcripti adhuc ſtantibus legibus caducariis antè apertas teſtamenti tabulas adire hæreditatem potuerunt, nam liberis & parentibus uſque ad tertium gradum leges Juliam & Papiam jugum ſuum imponere erubuiſſe Juſtinianus teſtatur in *dict. l. un. in princ. verſ. & cum lex Papia C. de caducis*,. ergò deciſiva Theodoſianæ conſtitutionis ratio ex caducariarum legum præſcripto non rectè deducitur. Rurſus ſi Theodoſius propter adeundæ hæreditatis impedimentum ex caducariis legibus deſcendens novam hanc tranſmiſſionis ſpeciem induxiſſet, poſt eas leges Juſtiniani conſtitutione ſublatas, ceſſante jam adeundæ hæreditatis impedimento, fuiſſet ſimul hujuſmodi tranſmiſſionis ſpecies abrogata, ſed Juſtinianos ipſe qui caducarias leges ab orbe Romano recluſit, hanc à Theodoſio inductam tranſmiſſionis ſpeciem intactam ſe reliquiſſe fatetur in *dict. l. unic. §. 5. verſ. exceptis C. de caducis*, ergò Theodoſii conſtitutio ex caducorum obſervatione ortum duxiſſe dici non poteſt.

3 Goffredi itaque opiniooe rejecta, omiſſis etiam quæ tradit Vela *dict. diſſert. 11. n. 89. cum tribus ſeqq.* qui in eo maximè fallitur quod exiſtimat, ſi inſtitutus ex aſſe hæres ante apertas teſtamenti tabulas, & ante aditam hæreditatem deceſſiſſet ex legibus Julia & Papia hæreditatem tanquam caducam ad fiſcum pertinuiſſe, cujus contrarium verius eſſe fundavi *ad tit. quando dies leg. ced. dict. cap. 1. n. 12.* ex mente Antonii Fabri *de errorib. dec. 34. error. 9.* qui genuinam Theodoſianæ conſtitutionis rationem potius tetigit, quam radicitus explicavit; dicendum arbitror quod etſi liberi in paternis ſacris non exiſtentes à parentibus ſive ex aſſe ſive ex parte hæredes inſtituti conquieſcente caducariarum legum præſcripto etiam antè apertas teſtamenti tabulas poſſent hæreditatem adire, id tamen ita procedebat, ſi ſe hæredes inſtitutos ſcirent, alioquin ſi ignorarent, non niſi fruſtra & inutiliter hæreditatem adirent ex vulgata regula textus in *l. hæres 32. in prin. & §. 1. hoc tit.* & licet adhuc clauſis teſtamenti tabulis ſcire quis poſſit, ao in eo hæres inſtitutus ſit, veluti ſi ſcribendo teſtamento interfuerit, aut ab eo qui teſtamentum ſcripſerit, ejus rei certior factus ſit, ut probant textus in *l. quidam 25. §. ſi quis filium 2. ad Trebell.* regulariter tamen antè apertas tabulas, quidnam in teſtamento ſcriptum, & quis hæres ſit inſtitutus, ignoratur, ut evincunt textus. in *l. qui negotiationem 58. §. teſtamento 2. de admin. tut.* juncto Fab. in *Papin. tit. de tutelis pr. 7. illat. 60. l. de ætate 11. §. ex cauſa 8. de interrog. in jur. fac. l. pupillares 8. quemad. teſtam. aper. l. ult. ad Trebell. ſin autem 3. inſtit. de pupill. ſubſtit.* Caius *lib. 2. inſtit. tit. 4. §. pupillaris 2. verſ. ſed pupillaris.* Ignotior ſed elegaotior textus in *l. cum hæres 24. de lib. leg.* ubi ſi hæres debitorem ſuum liberare à teſtatore juſſus ſit, de eo ſolum quod in obligatione manſerit, cogitatum videri Papinianus reſpondet, indè inferens, id quod antè apertas tabulas fuerit ſolutum ad cauſam fideicommiſſi non pertinere, id verò quod poſt apertas tabulas antè aditam hæreditatem, ab eo qui defuncti voluntatem non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum eſſe, & ex cauſa fideicommiſſi repeti poſſe. Idem aſſumptum probatur ex ignoto textu in *l. ult. §. ſin autem 2. C. de jur. delib.* ergo hæres dum antè apertas tabulas à debitore ſuo, cui per fideicommiſſum liberationem teſtator reliquit, ſummæ partem exigit, ideò nec dolum committit nec oneri reſtitutionis adſtringitur, quia nondum apertis tabulis teſtatoris voluntatem ignoraverit, quæ ut plurimum non niſi poſt tabularum aperturam innoteſcit, ut Papin. decidit & in *eo textu lib. 8. reſponſ. ejuſd. Cujac.* agnoſcit Valeron. *de tranſact. tit. 3. quæſt. 4. num. 13. cum ſeq.* Hinc quia regulariter liberi ſivè ex aſſe, ſivè ex parte à parentibus hæredes ſcripti antè apertas teſtamenti tabulas ſe hæredes ſcriptos ignorant, & adire hæreditatem non poſſunt, ne ea ratione paterna vel materna fraudentur ſucceſſione & Theodoſianæ conſtitutionis benignitate antè aperturam tabularum & hæreditatis aditionem decedentes ad liberos jos adeundi tranſmittunt, ut clariùs docuit Anton. Faber *dict. deciſ. 34. err. 10. num. 7.* quod tanquam à benigno veteri jure exorbitans, juxta quod adeundæ hæreditatis impedimentum ex inſtituti hæredis ignorantia dimanans inducete tranſmiſſionis æquitatem non potuit, ut *anteriori numero* dixi, & propter ſtrictiſſimum ſanguinis vinculum introductum, liberis dumtaxat intra tertium gradum conſiſtentibus fuit indultum, quibus antè

apertas tabulas & aditionem hæreditatis decedentibus non abſolutè, ut ad omnes hæredes quamvis extraneos, ſed limitatè ut ad liberos ſolum jus adeundi tranſmittant, ex conſtitutione permittitur, quam illibatam meritò in *dict. l. un. §. 5. C. de caducis*, Juſtinianus reliquit, cum & hodie non minus quam olim qui ſe hæredem inſtitutum ignorat adire hæreditatem non poſſit.

4 Sed tunc ſequitur & gravis quidem inſurgit difficultas, ſi inſtitutionis ignorantia, quæ plerumque antè apertas tabulas vertitur, anſam Theodoſianæ conſtitutioni præbuiſſet, profectò liberi, de quibus ea loquitur conſtitutio, ſi quidem ſe hæredes inſtitutos ſcirent, quamvis antè apertas tabulas, & aditionem hæreditatis decederent, nec ad liberos quidem poſſent jus adeundi transferre, tunc enim ceſſante conſtitutionis ratione & ipſa ceſſaret conſtitutio *ex regula textus in l. adigere 6. §. quamvis 2. de jur. patr.* ſed liberis antè tabularum aperturam & hæreditatis aditionem decedentibus, abſolutè, nulla ſcientiæ, vel ignorantiæ adhibita diſtinctione, quoad cauſam tranſmiſſionis ea conſtitutione conſulitur, ut oſtendunt verba illa textus in *dict. l. un. C. de his qui antè apert. tab.* ibi: *ſivè ſe noverint ſcriptos hæredes, ſivè ignoraverint.* ergò inſtitutionis ignorantia, quæ antè apertas tabulas plerumque verſatur anſam Theodoſianæ conſtitutioni præſtitiſſe dicendum non eſt. Huic difficultati quam vel non præſenſit, vel diſſimulavit Anton. Faber *dict. dec. 34. err. 9. & 10.* ubi videndus *num. 13.* reſpondendum cenſeo quod cum jura ſoleant in his quæ frequenter, non quæ raro contingunt, conſtitui *l. 3. cum tribus ſeqq. de legib.* & frequenter ſivè ut plurimum antè apertas tabulas quiſnam hæres ſit inſtitutus, ignoretur, frequens hæc & regularis inſtitutionis ignorantia quæ antè apertas tabulas datur, cauſam Theodoſianæ præſtitit conſtitutioni, quæ tamen in eum etiam caſum raro contingentem, quo antè apertas tabulas detur inſtitutionis ſcientia, liberis antè tabularum aperturam & hæreditatis aditionem decedentibus, quoad cauſam tranſmiſſionis ideò meo judicio proſpexit, quia aliter jure poſito, ſi ſcilicèt ſcientiæ vel ignorantiæ foret adhibenda diſtinctio, ſæpè etiam data ignorantia tranſmiſſionis exitus periclitaretur, & inane non numquam ejus conſtitutionis beneficium redderetur. Ubicumque enim ex liberis aliquis, quamvis revera ſe inſtitutum ignorans antè apertas tabulas, aditamque hæreditatem deceſſiſſet, cohæredes adverſus ejus liberos qui in tranſmiſſionis gratiam defuncti parentis ignorantiæ præſumptionem haberent, nec eſſent oneri probationis obnoxii, probare intenderent defunctum ſe hæredem inſtitutum ſciiſſe, ut ſic tranſmiſſionis effectum impedirent, qua controverſia ſuborta evenire facilè poſſet, ut defuncti liberi qui vincere deberent propter falſas adverſariorum probationes, vel propter Judicis injuriam vel imprudentiam in judicio ſuccumberent *l. poſthumus 96. §. 1. de inoff. teſtam. l. quod debetur 51. de peculio.* Ne ergò ſi ſcientibus liberis (quod rarò contingit) tranſmiſſionis beneficium derogaretur & ignorantibus) quod plerumque & frequentius accidere notum eſt, poſſet tranſmiſſionis diſpendium irrogari, nullum ſcientiæ, vel ignorantiæ diſcrimen habendum Theodoſius ſcribit, ſeu ſtatuit, qui hoc ipſum ſenſiſſe mihi videtur in *dict. l. un. C. de his qui antè apert. tab.* in illis verbis: *nulla hujuſmodi præſcriptione* (id eſt exceptione quæ ſæpè præſcriptionis nomine denotatur *l. nihil intereſt 12. in princ. de inoff. teſtam. l. ſæpè 63. verſ. illa ratio de re judic. l. creditor 12. de diverſ. & tempor. præſcript. cum aliis juribus* quæ in elegantiſſima nota congeſſit Oſualdus *22. comment. Donelli cap. 1. littera N.*) *ſibi obſtante*, quibus id ſe jubere ſignificat, ut ſcilicet, ſi liberi ſivè inſtitutionem ſcientes, ſivè ignorantes, de quibus proximè fuerat loquutus antè apertas tabulas, & aditam hæreditatem deceſſerint, eorum liberi, in quos jus adeundi transfertur, nulla hujuſmodi exceptione, id eſt, aut non aditæ à defunctis hæreditatis, aut eorum circa inſtitutionem ſcientiæ poſſint ſubmoveri, nam ſi ſecundæ huic exceptioni locus eſſet, etiam in terminis ignorantiæ, anceps tranſmiſſionis eſſet exitus & eventus, ut potè qui ex judicii alea omnino penderet.

5 Ex qua ſic expoſita deciſiva Theodoſianæ conſtitutionis ratione, infero primò, quod liberi etiam ex aſſe à parentibus inſtituti antè tabularum aperturam, & hæreditatis aditionem decedentes Theodoſiano funguntur beneficio, & ad liberos jus adeundi tranſmittunt, nam veræ, vel præſumptæ ignorantiæ ratio, quæ plerumque antè apertas tabulas vertitur, tam ex aſſe, quam ex parte inſtitutos liberos comprehendit, ut docet Antonius Faber *dict. dec. 34. error. 9.* & Vela *dict. diſſert. 11. num. 92.* Nec tunc dico, quæ in contrarium ex Goffredo *num. 2.* expendimus, fundamenta refragantur, quorum primo præter quam quod rubrica ipſa *de his qui antè apert. tabul.* hæreditatis meminit, facilè reſpondetur, ex eo quod Theodoſius in *dict. l. un. de liberis* ſivè ſolis, ſivè cum extraneis ſimul hæredibus inſtitutis loquatur, non rectè deſumi ad liberos ſolum ex parte hæredes ſcriptos ejus conſtitutionem ſpectare, cum generalis ejus ratio eam limitationem excludat. Sed nec magis ſecundum urget fundamentum, nam hæreditariæ portionis appellatione poteſt, & ſolet aliquando etiam integra hæreditas denotari *§. hæreditas 5. verſ. etſi unum inſtit. de hæred. inſtit.* argumento textus in *l. qui non militabat 78. §. ult. cum duabus legib. ſeqq. de hæred. inſtit. l. cum optio 17. de opt. leg. l. 4. §. lege Julia 3. ad leg. jul. pecul. l. poteſt. 95. l. cæterorum 160. de verb. ſign.* licet ergò Theodoſius *in dict. l. un.* de hæreditariæ portionis tranſmiſſione loquatur, poterit ejus nomine integra etiam hæreditas comprehendi, ita ut ejus conſtitutio, tam ex aſſe quam ex parte inſtitutos liberos comprehendat. Infero ſecundò, quod poſt tabularum aperturam Theodoſianæ locus non eſt conſtitutioni, id eſt, quod ſi liberi de quibus loquitur conſtitutio poſt apertas teſtamenti tabulas antè aditam hæreditatem deceſſerint, quamvis ſe hæredes inſtitutos ignoraverint, nec ad liberos quidem jus adeundæ hæreditatis tranſmittunt, tum quia Theodoſius liberis dumtaxat antè tabularum aperturam decedentibus hujuſmodi beneficium indulſit, ut oſtendit littera textus in *dict l. un.* Nec jus hoc tanquam ſingulare ad conſequentias eſt protrahendum

Digitized by Google

protrahendom ex regulâ textus io *l. quod vero* 14. *de legibus*, tum quia inſtitutionis ignorantia, quæ poſt apertas tabulas datur, cum nec proximè, nec remotè ex juris diſpoſitione, ſed ex ſolo inſtituti hæredis facto proficiſcatur, non eandem benignitatem quoad inducendam tranſmiſſionem promeretur, quam ea quæ antè apertas tabulas vertitur, & quæ quodammodu ex juris diſpoſitione ortum ducit, juxta quam antè certum tempus elapſum, de quo Paulus *lib. 4. ſentent. tit. 6. de viceſima §. ult.* quem expoſui *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 1. num.* 18. & antequam major ſignatorum pars fuerit inventa, aperiri tabulæ teſtamenti non poſſunt, juxta modum præſcriptum in *l. ſed ſi major 6. cum leg. ſeq. quemadmod. teſtam. aper.* ut tenent, quamvis non ſic fundent Anton. Fab. *dict. dec. 34. error. 10. num.* 10. & Philippus Maſinius in *l. emancipata 4. C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. poſſ. n. 115. cum quinque ſeqq.* Quod communi Romano jure procedit, Regio autem jure noſtro, quod Theodoſianam conſtitutionem firmavit in *l. 2. tit. 6. part.* 6. cautum eſt, ut non modo poſt apertas tabulas, verum & poſt tranſactum terminum deliberationi præfixum abſque ulla ſcientiæ vel ignorantiæ diſtinctione huic tranſmiſſioni ſit locus, ut latiùs explicat Gregor. Lopez in *dict. l. 2. gloſſa* 10.

6 Tertiò infero, quod liberi, de quibus in præſenti, à parentibus in nuncupativo teſtamento, ſivè ex aſſe, ſivè ex parte hæredes inſtituti antè aditam hæreditatem decedentes, nec ad liberos jus adeundæ hæreditatis tranſmittunt, quamvis ſe hæredes inſtitutos ignoraverint, quia cum ea omnia, quæ in nuncupativo teſtamento continentur, manifeſta ſint, & omnibus patere ſui natura poſſint, *l. hæredes 21. in princ. Qui teſtam. fac. poſſ. §. ult. inſtit. de teſtam. ordin.* inſtitutionis ignorantia ex perſona inſtituti hæredis tranſmiſſionis æquitatem non inducit, ut advertit quamvis falſâ ratione ductus Goffredus in *dict. l. 84. hoc tit. num.* 18. Quartò infero, quod ex eadem ratione circa legitimas hæreditates, id eſt, quæ ab inteſtato deferuntur locum non habet Theodoſii conſtitutio, ut docent Goffredus *ubi nuper num.* 19. Anton. Faber *dict. dec. 34. error. 10. per tot.* Philip. Maſinius in *dict. l. 4. C. qui admitti ex num.* 103. *uſque ad num.* 114. Pichard. in *lect. ad tit. de vulg. cap. 11. ex num.* 45. quamvis contrarium immeritò exiſtimaverint plures, quos refert, & ſequitur Vela *dict. diſſert. 11. ex num.* 88. & quorum fundamentis ex dictis ſatisfacere quilibet poterit. Quintò ex ipſâ textus littera in *dict. l. un. C. de his qui antè apert. tab.* manifeſtè deducitur, liberos de quibus in præſenti, nec ad extraneos hæredes, nec ad tranſverſales, imò nec ad deſcendentes, ſed ad liberos ſolum jus adeundæ paternæ, vel maternæ hæreditatis tranſmittere, quin imò nec ad omnes liberos, ſed ad eos dumtaxat, qui ipſis vel ex teſtamento, vel ab inteſtato hæredes extiterint, alioquin ſi fuerint exhæredati, nec ex propriis, nec ex defunctorum perſonis poſſunt commodo tranſmiſſionis gaudere, ut in *dict. l. un.* cum judiciu Accurſius animadvertit, nec tamen opus eſt, ut liberi, ad quos jus adeundæ hæreditatis ex Theodoſiana conſtitutione tranſmittitur, eo adhuc ſuperſtite aſcendente, de cujus tranſmiſſione hæreditatis tractatur, concepti fuerint, imò & poſt ejus obitum concepti, & in lucem editi, ejus conſtitututionis fruuntur beneficio, non quia hæreditas ad eos tanquam jam adita & acquiſita, non tanquam adeunda & acquirenda transfertur, pro ut falsò opinabatur Anton. Faber *ubi ſupra*, ſed quia non proprio, ſed hæreditario ſeu tranſmiſſionis jure ſuccedunt, quo caſu ceſſat regula textus in *l. 1. §. ſciendum 8. in fin. l. Titius 6. cum duab. ſeqq. de ſuis & legit. §. & licet 8. verſ. planè inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* ut meliùs docuit Antonius Gomez *1. var. cap. 9. num.* 44.

7 Sextò denique infero, quod adoptivis liberis Theodoſiana conſtitutione conſultum non eſt, qui ſivè in poteſtate paternæ mortis tempore fuerint, perindè ac ſi fuiſſent ex juſtis nuptiis progeniti, ſui hæredes exiſtunt *l. 1. §. ſuos 2. de ſuis & legit. §. adoptivi 4. inſt. de exhæred. lib. §. ſui autem 2. verſ. nec intereſt. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* ac proinde communi ſuitatis jure etiam ignorantes, quin Theodoſiano beneficio opus habeant, ad quemcumque ſucceſſorem quamvis extraneum paternam hæreditatem tranſmittunt, ad quos alia prætereà ratione Theodoſiana non pertinet conſtitutio, quia ſanguinis jure nititur, quod afferre adoptionis commentum non poteſt *l. qui in adoptionem 23. de adopt.* ſivè emancipati paternæ mortis tempore inveniantur, quamvis fuerint inſtituti, tanquam penitus extranei *§. at hi qui 10. verſ. & convenienter cum §. ſeq. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. juncta generali regula textus in l. in omni 23. de adopt.* nullo aut ſuitatis aut ſanguinis poſſunt antè apertas tabulas, & aditionem decedentes ad liberos, aut hæreditatem, aut jus adeundi tranſmittere. Undè nec ad adoptivos liberos jus adeundi in terminis Theodoſianæ conſtitutionis tranſmittitur, ut rectè admonuit Gregor. Lopez in *dict. l. 2. tit. 6. part. 6. gloſſ.* 9. Verum huic illationi opponi videtur textus in *l. cum ratio 7. §. ex bonis 2. de bon. damnat.* ubi portiones quæ ut conſtat *ex hac lege 7. in princ* naturalis æquitatis ratione ex damnatorum bonis liberis ex juſtis nuptiis progenitis conceduntur, adoptivis etiam liberis concedi æquum eſſe, Paulus reſpondet, ergò & Theodoſiana noſtra conſtitutio etſi maximè ſanguinis jure nitatur, ad adoptivos liberos, non minùs, quam ad eos, qui fuerint ex juſtis nuptiis procreati, debet pertinere. Reſpondendum tamen exiſtimo conſtitutionem, quæ ex damnatorum bonis, liberis portiones concedit, non omninò in ſanguinis jure fundari, ut ex eo dignoſcitur, quod ex damnatæ matris bonis nihil deberi filiis Imperatores reſcribunt in *l. de bonis 6. C. de bon. proſcript.* juncto D. Nicolao Anton. *lib. 2. de exilio cap. 22. num.* 9. ſed in jure ſuitatis, vel antè actæ, vel ſaltem quæ poſſibilis aliquando fuerit, ut innuunt textus in *l. 1. §. 1. de bon. dam. l. ſi deportatus 8. C. de bon. proſcrip.* Vide quæ dixi *ad tit. C. de collat. cap. 2. num.* 18. & idcirco ad adoptivos etiam liberos pertinere, niſi forſan fraudis cauſa facta fuerit adoptio, veluti ſi quis rerum deſperatione per conſcientiam metu imminentis accuſationis in id aliquem adoptaverit, ut ex bonis quæ ſe amiſſurum cogitat, portio detrahatur, ut dicitur in *dict. l. §. 2.* ſicuti &

generaliter in fraudem facta adoptio, qualis cenſetur quæ in conſpectu, ſeu propinqua ſpe alicujus præmii, fit in jure negligitur & ex S. C. Neroniano de quo Tacitus *lib. 15. Annal. cap. 19.* ad quod referendos textus, hoc ipſum confirmantes *in l. ſi ita quis 51. §. 1. de leg. 2. & in l. fideicommiſſum 76. de condit. & demonſ.* eleganter docuit illuſtr. Ramos. *lib. 4. ad leg. Jul. & Pap. reliq. 8. num. 2.* Unde ex conſtitutione quæ ex damnatorum bonis liberis portiones concedit, ad Theodoſianam noſtram conſtitutionem argumentum deſumi non debet, quæ cum ſolo ſanguinis jure nitatur, ut vel ex eo conſtat, quod & liberis à matribus vel maternis aliis à deſcendentibus inſtitutis ante tabularum aperturam & hæreditatis aditionem deſcendentibus, tranſmiſſionis indulget beneficium, ad adoptivos pertinere non poteſt.

8 Quibus expoſitis illationibus, pro perfecta intelligentia textus in *dict. l. un. C. de his qui ante apert. tab.* duo ſolum breviter inveſtiganda ſuperſunt, quorum primum eſt, utrum hæc Theodoſii conſtitutio non modo in hæreditatibus ſed in bonorum poſſeſſionibus locum habeat? Quod quia generaliter Doctores diſcutiunt, præmonendum duxi, quæſtionem hanc nec ad bonorum poſſeſſiones ab inteſtato competentes pertinere, cum in hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur locus Theodoſianæ conſtitutioni non ſit, ut dixi *num. 6.* nec magis ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem quæ emancipatis præteritis filiis competit ex teſtamento, licet ſit *l. 4. C. de collat. §. ſunt autem 3. inſtit. de bon. poſſeſ.* juncto D. Retes *in adverſ. de bon. poſſeſs. cont. tab. cap. 7. num. 2.* cum Theodoſiana conſtitutio inſtitutis dumtaxat, non etiam præteritis aut exhæreditatis liberis proſpexerit. Quæſtio itaque in terminis ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionis procedit, & licet, ſi paternum aut maternum teſtamentum civili etiam jure conſiſtat, parum utilitatis habeat, cum in eo teſtamento inſtituti liberi ante aperturam tabularum & aditionem decedentes civile adeundæ hæreditatis jus ad liberos poſſint transferre, qui Prætoris auxilio non egent, ſi tamen Prætorio dumtaxat ſubſiſtat jure, ita ut ex eo non hæreditas adiri, ſed ſolum poſſit bonorum poſſeſſio agnoſci ut in *l. 1. §. exigis 8. de bon. poſſeſ. cont. tab. §. non tamen per omnia 6. inſtit. quibus. mod. teſtam. infir.* utiliſſima imo & neceſſaria eſt; In his ergo terminis cum communi interpretum ſententia, quam tuentur Anton. Gomez. *1. var. cap. 9. n. 45*, & ex pluribus relatis Vela *dict. diſſert. 11. n. 102.* dicendum eſt etiam in ſecundum tabulas bonorum poſſeſſione Theodoſianæ conſtitutioni locum eſſe, nam textus in *dict. l. un.* de paterna vel materna loquitur ſucceſſione, quo nomine Prætoria non minus, quam Civilis ſucceſſio ſignificatur, & deciſiva inſuper ejus ratio, quæ ex frequenti inſtitutionis ignorantia, quem ante apertas tabulas vertitur, in ſuperioribus deduximus, in ſecundum tabulas bonorum poſſeſſione æquè militat, quam etſi liberi quamvis ex parte inſtituti, poſſent adhuc Theodoſii temporibus vigentibus caducariis legibus ante tabularum aperturam agnoſcere *dict. l. un. in prin. verſ. & cum lex Papia C. de caducis*, id tamen ita procedebat, ſi tabulas extare, & ex eis ſibi competere bonorum poſſeſſionem ſcirent, quod omnino ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem exigitur *l. 1. §. ſcientiam 4. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* ergò liberi in eo teſtamento, quod Prætorio ſolum jure conſiſtit, ſive ex aſſe ſive ex parte hæredes ſcripti, ſive ſe hæredes ſcivérint, ſive ignoraverint, ante apertas tabulas & aditionem decedentes, agnoſcendæ ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionis jus ad liberos ex Theodoſiana conſtitutione tranſmittunt. Accedit quod & quoad alias plures juris partes hæreditatis appellatione & bonorum poſſeſſio continetur *l. ſi quis mihi 25. §. ſed quid ſi mandavit 7. hoc tit. l. 1. §. bonorum 7. ad Trebell. l. hæreditatis 138. de verb. ſign.* Potiori igitur jure quæ de hæreditatis & ſucceſſionis tranſmiſſione promiſcuè loquitur Theodoſii conſtitutio, erit etiam in ſecundum tabulas poſſeſſionis bonorum terminis exaudienda. Ex quibus occurri facilè poterit his, quæ in contrarium acriter diſputat Philip. Maſinius in *dict. l. 4. C. qui admitti ex num. 126. uſque ad num. 135.* nec majorem nunc operam deſiderant.

Secundò (ut nihil intactum relinquam) inquirendum eſt, quid novi circa legata & fidei- 9
commiſſa in textu quoad hanc partem noviter nunc intelligendum in *dict. l. un. verſ quod ſcilicet C. de his qui ante apert. tab.* Theodoſius conſtituerit? Verba hæc ſunt: *quod ſcilicet etiam ſuper legatis, aut fideicommiſſis à patre vel matre, avo vel avia, proavia derelictis locum habet*, quibus id noviter Theodoſium induxiſſe vulgò creditur, ut ſcilicet liberis uſque ad tertium gradum relicta legata aut fideicommiſſa, quæ ex Senatuſconſultis ad caducarias leges factis antè apertas tabulas nec cedebant, nec ad hæredes transferebantur *Ulpianus in fragm. tit. 24. de legatis §. legatorum 30. dict. l. un. §. 1. C. de caducis* junctis quæ latè & noviter dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 1. n. 13. cum pluribus ſequentibus*, propter ſtrictum ſanguinis vinculum ad eorum ante apertas tabulas decedentium liberos tranſmittantur. Sed ſtatim obſtat quod Caducariæ leges ad liberos & parentes uſque ad tertium gradum non ſpectarunt, ut *ex dict. l. un. in prin. verſ. & cum lex Papia C. de caducis num. 2.* dixi, ergo liberi uſque ad tertium gradum, quæ à parentibus meruiſſent legata vel fideicommiſſa, ante apertas etiam tabulas decedentes ceſſantibus legibus caducariis non modo ad liberos verum & ad extraneum quemlibet ſucceſſorem communi jure tranſmittere Theodoſii adhuc temporibus potuerunt, nec ad id ſpeciali ejus conſtitutione opus habuerunt. Difficultatem prævidit Anton. Faber *dict. decad. 34. error. 9. ex n. 19.* & reſpondet *num. 23.* quod dicitur caducarias leges jugum ſuum imponere erubuiſſe liberis & parentibus uſque ad tertium gradum, ita verum fuiſſe, ſi ipſi hæredes fuiſſent ſcripti, ut tradunt Ulpianus *in fragm. tit. 18. qui habeant jus antiquum in caducis*, & Juſtinianus *in dict. l. un. in princ. verſ. cum lex Papia C. de caducis*, textus ſic intelligendus *in l. pater 29. § ult, de legatis 2. juncto* D. Ramos. *lib. 4. ad leg. Jul. & Pap. reliq. 36. num. 2.* non vero ſi quid relictum eis eſſet legati vel fideicommiſſi titulo extraneis hæredibus inſtitutis, ſive quod favorabilior cauſa eſſe debuit liberorum, quos inſtitutione dignos parentes judicaſſent, quam eorum, quibus exhæredatis vel præteritis legata aut fideicommiſſa re-

ſiquiſſent, ſive quod nec prius cedere dies legatorum aut fideicommiſſorum pnuit, quam adiri hæreditas poſſet, & idcirco Theodoſiana conſtitutione opus fuiſſe, ad hoc ut ſi hujuſmodi liberi legatarii vel fideicommiſſarii ante apertas tabulas decederent ad liberos legata aut fideicommiſſa tranſmitterent. Verum ex eo Faber refellitur quod propter ſtrictiſſimum ſanguinis vinculum caducariæ leges liberis & parentibus uſque ad tertium gradum antiquum jus intactum conſervaſſent, earum diſpoſitio quemadmodum ad inſtitutos non pertinuit, ſic nec ad legata vel fideicommiſſa ipſis relicta debuit ſpectare, præcipuè cum nec favorem liberi demereantur, quibus exhæredatis vel præteritis relicta legata ſunt, nec novum ſit in jure, ut prius quoad cauſam tranſmiſſionis legata cedant, quam ex titulo adiri hæreditas poſſit, ut probant perſpicui textus in *l.* 1. §. 1, *cum quatuor* §. §. *ſeqq. l. heredi* 7. *l. ſi dies* 21. §. 1. *quando dies leg. vel fideic. cedat.*

10 Verius itaque exiſtimo liberis, aut parentibus uſque ad tertium gradum relicta legata aut fideicommiſſa adhuc ſtantibus legibus caducariis, & ſic Theodoſii temporibus à morte teſtatoris ceſſiſſe, & ante apertas tabulas tranſmitti ad quemcumque ſucceſſorem potuiſſe, ut dixi, quamvis re nundum diligenter diſcuſſa *ad tit. quando dies leg. ced. dict. cap.* 1. *n.* 19. & ſupponere videtur illuſtris Ramos. *dict. lib.* 4. *reliq.* 36. *n.* 4. *cum ſeq.* Nec tunc refragatur, qui interpretes decepit textus in *dict. l. un. verſ. quod ſcilicet C. de his qui ante apert. tab.* nam obſervo Theodoſium ibi circa legata aut fideicommiſſa liberis uſque ad tertium gradum relicta, nihil novum conſtituere, immo cummune jus dumtaxat referre, quod inſpectis etiam caducariis legibus obſervabatur, & ejus exemplo novam ſuam conſtitutionem confirmare, quaſi dicat: ad ejus juris inſtar, quo ſuo etiam tempore caducariis adhuc legibus ſtantibus, propter ſtrictiſſimum ſanguinis vinculum liberi uſque ad tertium gradum ante apertas tabulas decedentes legata aut fideicommiſſa poterant ad hæredem tranſmittere, id etiam ſe noviter conſtituere ut hujuſmodi liberi hæredes inſtituti, ſi quidem ante apertas tabulas & aditionem deceſſerint, ad liberos jus adeundæ paternæ vel maternæ hæreditatis tranſmittant. Quam interpretationem textus littera mihi convincenter perſuadet, in quâ Theodoſius non ſic loquitur, quaſi noviter ipſe circa legata aut fideicommiſſa aliquid conſtituat, ſed quaſi commune jus ante ſua etiam tempora obſervatum referat; Sed dices ſi Theodoſius novam ſuam circa aſcendentium hæreditatem conſtitutionem ad ejus juris inſtar induxiſſet, quo liberi etiam ante apertas tabulas decedentes relicta ſibi legata aut fideicommiſſa poterant ad hæredem tranſmittere, quemadmodum communi in illo jure non modo ad liberos, verum & ad extraneum quemlibet ſucceſſorem legata liberi tranſmittebant, ſic & jus adeundæ hæreditatis poſt novam Theodoſii conſtitutionem ad extraneos ſimiliter hæredes transferrent contra litteram textus *in dict. l. un.* Reſpondeo ſtrictiorem ideo eſſe Theodoſii conſtitutionem, quam commune illud jus quod in legatis & fideicommiſſis obtinebat, quia quod legata ab apertis demum tabulis cederent adverſus communis antiqui juris obſervantiam, juxta quam ſtatim à morte teſtatoris cedebant, ad caducarias leges facta Senatus Conſulta propter fiſci compendium induxerunt, & cum in liberis & parentibus uſque ad tertium gradum locum non habuiſſent, intactum jus antiquum reſervarunt, quo ipſis relicta legata à morte teſtatoris cedunt, & ante apertas etiam tabulas ad hæredem quamvis extraneum transferuntur. At Theodoſii conſtitutio exorbitans omnino à jure communi eſt, juxta cujus tenorem adeundæ hæreditatis jus nec ad extraneos, nec ad liberos poteſt tranſmitti, & idcircò quamvis Theodoſius ad ejus juris inſtar, quod in legatis & fideicommiſſis procedebat, novam ſuam tranſmiſſionis ſpeciem induxerit, eam tamen anguſtioribus limitibus circumſcripſit, ita ut liberi ante apertas tabulas decedentes non ad extraneos, ſed ad liberos jus adeundæ hæreditatis tranſmittant: unde æquiparatio non abſoluta eſt, ſed ad liberos limitata tam in conſtitutionis ſerie, quam in deciſiva ejus ratione, in qua etiam Theodoſius in calce textus legatum cum hæreditate conjungit.

Novam etiam alteram tranſmiſſionis ſpeciem Theodoſium Imperatorem induxiſſe *in l. ſi infanti* 18. *C. de jur. delib.* plures interpretes arbitrantur. Ejus legis initio decernitur, ut ſi infanti id eſt, ſeptem annis minori in patria poteſtate conſtituto hæreditas ſit relicta, vel ab inteſtato delata à matre vel materna linea, vel aliis quibuſcumque perſonis, liceat parentibus, ſub quorum eſt poteſtate, ejus nomine hæreditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem agnoſcere, pro cujus rei intelligentia videndus Gyphan. in *dict. l.* 18. In cujus §. 1. ſubjungit Theodoſius, quod ſi parens infantis filii nomine hæreditatem adire, vel agnoſcere bonorum poſſeſſionem neglexerit, & in ea ætate infans deceſſerit ſuperſtes parens omnia ex quacumque ſucceſſione, ad eundem infantem devoluta jure patrio, quaſi infanti jam quæſita poteſt capere & *in fine* §. *in vero* 3, quæ de infante in poteſtate parentum conſtituto ſtatuerat locum habere, etſi quacumque ratione ſui juris idem infans inveniatur, tandem concludit. Hujus autem benignitatis ratio non ex eo provenit, quod parens peculii jure infanti ſuccedat *l.* 2. *de caſtr. pecul.* cum ea hæreditas infanti acquiſita non fuerit, nec ejus peculium aliquando eſſe cœperit, nec quod Theodoſius patrem eam hæreditatem tanquam infanti jam quæſitam capere ſcribat, quidquam facit: nam non ideo ſentit hæreditatem verè ac propriè infanti acquiſitam fuiſſe, ſed perinde haberi, ac ſi infanti fuiſſet acquiſita, & ſic ad patrem pertineat. Et præterea cum conſtitutioni ſit locus, quamvis infans ſui juris fuerit, ea hæreditas ad patrem ſpectare peculii jure non poteſt, quia ejus, qui ſui juris eſt, nullum peculium eſt *l. paterfamilias* 182. *de verb. ſign.* deſumenda igitur eſt ex jure patrio ſeu patriæ poteſtatis præſentis vel præteritæ, ut colligitur *ex dict. l.* 18. §. 1. *ibi*: jure patrio quaſi jam infanti quæſita caperet, cui ſingulariſſimum hoc jus tribuendum Theodoſius conſtituit, quod nullam tranſmiſſionis ſpeciem continet, ut rectè advertit Pichardus *in lect. ad noſt. tit. cap.* 31. *n.* 11. nec enim parens hæreditario aliquo jure ſed proprio, patrio videlicet infanti filio delatam hæreditatem poſt ejus obitum acquirit, ut vel ex eo conſtat quod alio- 11

quin ſi parens hæreditario tranſmiſſionis jure eam hæreditatem caperet, & matri utique, quæ infanti filio ſuccederet, jus idem tribueretur, cum tamen certum ſit Theodoſianum hujuſmodi beneficium matribus indultum non eſſe ut oſtendunt verba textus in *dict. l.* 18. & latè tradunt Schifordeg. *lib.* 2. *ad* Anton. Fab. *tract.* 10. *quæſt.* 1. *n.* 105. *cum ſeq.* Et ſimiliter poſt novellam 118. *cap.* 2. ex qua deſumptus eſt textus *in authen. defuncto C. ad S. C. Tertyll.* ubi Juſtinianus ſtatuit, ut inteſtato filio abſque liberis defuncto ſuperſtites parentes cujuſcumque lineæ, dummodo pari gradu ſint ſimul ſuccedant, etſi cum parentibus fratres vel ſorores utrinque defuncto conjuncti ſuperſint ad ſucceſſionem ſimul admittantur, hæreditas infanti filio delata poſt ejus obitum non ad patrem omnino pertineret, imo & matri & fratribus aut ſororibus utrinque conjunctis eſſet communis, quod tamen non ita eſt, imo & poſt Juſtiniana illam ſanctionem, quamvis mater circa inſtituti filii ſucceſſionem avo paterno præferatur, & cum Patre & Germanis fratribus aut ſororibus ſimul concurrat, infanti, qui deceſſit, filio delatam hæreditatem, non mater, non etiam germani fratres aut ſorores, ſed pater vel paterni alii aſcendentes capiunt, quia hujuſmodi hæreditas non hæreditario ſed patrio dumtaxat, ſeu patriæ poteſtatis præſentis vel præteritæ jure percipitur, quod matri aut fratribus, vel ſororibus adhuc germanis competere impoſſibile eſt *l. illud* 4. §. *ad teſtamenta* 2. *de bon. poſſeſſ. cont. tabul.* §. *unico verſ. quoniam filius inſtit. de fideic. tut.* tenent. Donell. *in dict. l.* 18. *n.* 2. & relati nuper Schifordegerus *quæſt.* 2. Vela *n.* 107.

12 Progreditur Theodoſius & in *dict. l.* 18. §. *parente* 2. *C. de jur. delib.* conſtituit, ut parente non ſubſiſtente poſſit tutor infanti pupillo, vel vivo vel mortuo patre delatam hæreditatem ejus nomine adire, vel bonorem poſſeſſionem petere, & eo modo infanti hæreditatem acquirere. Quæ quidem conſtitutio quatenus ad hæreditatis aditionem ſpectat jus novum continet, nam antiquitus tutor infantis pupilli nomine adire hæreditatem non potuit, ut colligitur *ex l. pupillus* 9. *hoc tit.* & *ex l.* 1. *C. ad S. C. Tertyll.* Quatenus vero ad agnitionem bonorum poſſeſſionis pertinet jus vetus confirmat, quod tutori permittit, ut infantis pupilli nomine poſſit bonorum poſſeſſionem agnoſcere *l. ſervus* 7. §. 1. *de bon. poſſeſ. l.* 2. *C. de bon. poſſeſſ. contra tab.* quæ à tutore ſemel agnita ad infantis hæredem tranſmittitur, expreſſi textus in *l.* 2. §. *ſed ſi infanti* 13. *ad Tertyll. l. infantis* 3. *C. qui adm. ad bon. poſſeſ. poſſ.* Quod ſibi voluiſſe Theodoſium exiſtimo dum in *dict.* §. 2. dixit licere tutori infantis nomine bonorum poſſeſſionem petere, & eo modo infanti hæreditatem acquirere, id eſt irrevocabiliter quærere, ita ut infans eam poſſit ad quemlibet hæredem tranſmittere, in quo hæc bonorum poſſeſſio, quam tutor infantis pupilli nomine agnoſcit ab ea bonorum poſſeſſione, quam furioſi nomine curator petit, plurimum diſtare dignoſcitur, cum à curatore furioſi nomine petita bonorum poſſeſſio, ſi quidem furioſus, vel in eodem furoris ſtatu, vel poſtquam ſanam mentem receperit, ante aditam hæreditatem, aut petitam edictalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit, extinguatur, nec ad hæredem ejus tranſmittatur, ut *ex l. hæres* 51. *in prin. de petit. hæred. l.* 1. *in fin. de bon. poſſ. furios. infant. &c. dict. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis* 11. *verſ. igitur ad Tertyll. l. ult.* §. *ſin autem* 8. *C. de curat. fur.* dixi 1. *cap. n.* 34. *cum ſeq.* Cujus inter infantem & furioſum diſcriminis ratio, omiſſis quæ latè diſputat Philip. Maſſinius in *dict. l.* 3. *C. qui admitt. ex n.* 37. *ad num.* 54. in eo eſt, quod furioſi nullum judicium eſt, nec ſperatur, quod ſupplere curatoris autoritas dici poſſit, & commiſerationis dumtaxat ratione receptum eſt, ut curator ejus nomine decretalem, & quæ temporarium ſolum jus tribuit, bonorum poſſeſſionem agnoſcat, at infans judicium, cujus expers eſt, aliquando habiturus ſperatur, quod per tutoris autoritatem ſuppletur, qui idcirco ejus nomine poteſt edictalem perpetuam, & tranſmiſſibilem bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſicuti & ex eadem ratione quamvis furioſus ne curatore quidem autore poſſit poſſeſſionem acquirere, infans tamen utilitatis cauſa tutore autore poteſt incipere poſſidere, ut probant textus ſic intelligendi in *l.* 1. §. *furioſus* 3. *l. quamvis* 32. §. *infans* 2. *de acquir. poſſeſſ. l.* 3. *C. eod. tit.* quos ſic cum aliis explicant Valent. 1. *illuſt. tract.* 2. *cap.* 6. *n.* 10. & 15. *cum. ſeq.* & Oroz. *lib.* 4. *de apicibus cap.* 11. *n.* 7. *cum duob. ſeqq.*

Hinc illud non ineleganter quæritur, utrum ſcilicet ſi idem & infans ſit & furioſus, utrum ejus nomine à tutore petita bonorum poſſeſſio ad ejus hæredem transferatur. Et quidem ſi furioſus ſimul & infans in infantili adhuc ætate deceſſerit, dubio procul à tutore ejus nomine agnita bonorum poſſeſſio ad ejus hæredem tranſmittitur, ætatis etenim defectus tanquam naturalis, potius quam accidentalis furoris qualitas debet attendi *argum. tex. in l.* 3. *in prin.* & §. 1. *de tutelis dict. l.* 2. §. *quid ſi furioſo* 31. *ad Tertyll.* ut ſubtiliter docet Maſſinius in *dict. l.* 3. *C. qui admitti ex n.* 90. At ſi poſtquam infantiam exceſſerit in furoris adhuc ſtatu deceſſerit, à tutore agnitam bonorum poſſeſſionem transferri ad ejus hæredem non poſſet, ceſſante namque infantilis ætatis defectu ſolum supereſt furoris impedimentum, quod ſupplere tutoris autoritas non potuit, timidè magis tentavit quam firmavit Maſſinius *ubi nuper n.* 96. Si dicas infantis ejuſdemque furioſi ſimul nomine à tutore agnita bonorum poſſeſſio edictalis eſt, & perpetuum non temporale jus tribuit, in omni igitur eventu debet ad hæredem tranſmitti, cum certi juris ſit eas bonorum poſſeſſiones, quæ perperpetuum jus tribuunt, quamvis decretales ſint ad hæredem tranſmitti, ut diximus 1. *cap. n.* 34. Huic difficultati quæ ancipitem Maſſinium reddidit, ſi ejus ſententiæ ſubſcriberemus, reſponderi poſſet, quod bonorum poſſeſſio, quam infantis pupilli ejuſdemque furioſi nomine tutor agnoſcit, ab initio nec perpetuum, nec temporale, ſed ambiguum ſolum jus tribuit, quod interim dum ancipitem cauſam continet, tanquam perpetuum judicatur, etſi infans in infantili ætate deceſſerit perpetuum ſemper fuiſſe intelligitur, & tranſmiſſionis effectum operatur, at ſi poſt infantiam in furoris ſtatu deceſſerit, temporale ſolum fuiſſe dignoſcitur, nec tranſmiſſionem induci, in quam rem expendi ab argumento poſſet elegans Papiniani textus in *l. ſufficit* 56. *de condict. indeb.* pro cu-

jus explicatione conſulendi Cujacius *lib.8. quæſt. ejuſdem* in eo textu. Duarenus in *paraphraſi ad tit. de condict. indeb. cap.* 5. Salgado *in labyrint. credit.* 2. *part. cap.* 21. *n* 103. *cum ſeqq.* Verum quamvis id tentari non inſubtiliter poſſet, verius cenſeo, quod infantis pupilli, ejuſdemque furioſi nomine à tutore agnita bonorum poſſeſſio ſtarim ab initio non temporale aut ambiguum, ſed perpetuum omnino jus tribuit, & in omni eventu ad hæredem transfertur, quamvis infans poſtquam infantiam exceſſerit, quinimò & poſtquam ad pubertatem pervenerit, in furoris ſtatu deceſſerit. Moveor ex eo quod tutor non modo infantis, verum & cujuslibet pupilli, quamvis infante majoris, nomine poteſt bonorum poſſeſſionem agnoſcere *l. tutor.* 8. *de bon. poſſeſſ. l. bonorum* 7. *C. qui admitti.* nec ut pupillus pubes poſtea factus ratam habeat bonorum poſſeſſionis agnitionem exigitur, ut eam poſſit ad hæredem tranſmittere, ſed pupilli ejuſdemque furioſi nomine à tutore agnita bonorum poſſeſſio non furioſi ſed pupilli nomine poſita cenſetur, argumento textus in *dict. l.* 3. *in princ.* & §. 1. *de tutelis*, ergo ad hoc ut ad hæredes poſſit tranſmitti opus non eſt, ut pupillus pubes poſtea factus ratam portionem habeat, ac per conſequens quamvis pupillus ſive intra ſive poſt pubertatem in furoris ſtatu deceſſerit, à tutore ſuo nomine agnitam ſemel bonorum poſſeſſionem poteſt ad hæredem tranſmittere.

14 Celebrior ſanè & frequentior ea tranſmiſſionis ſpecies eſt quam Juſtinianus introduxit in *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. delib.* firmamque manere juſſit in *dict. l. un.* §. *in noviſſimo* 5. *verſ. his nihilominus C. de caducis*, ait Imperator in *dict. l.* 19. quod cum veteri jure filiifamilias deliberantes poſſent paternam hæreditatem in ſuam poſteritatem tranſmittere, hoc etiam ad omnes ſucceſſores, ſivè cognatos, ſivè extraneos duxit porrigendum, ita ut quilibet vel ad teſtamentariam, vel ad legitimam hæreditatem vocatus, ſivè deliberandi tempus petierit, ſivè eo non petito ſucceſſioni non renunciaverit, quamvis antè aditam hæreditatem deceſſerit, jus deliberandi, & intra reſiduum tempus hæreditatem adeundi ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittat, ita tamen ut annali ſpatio hujuſmodi tranſmiſſio concludatur. Verum ſtatim duplicem Triboniani lapſum in ejus textus littera contineri contendunt Anton. Faber *de errorib. dict. dec.* 34. *errore* 6. & eum ſequutus Pichardus in *lect. ad noſt. tit. cap.* 31. *num.* 8. Primum dum filiosfamilias appellat eos qui parentis morte ſui juris effecti ſunt, contrà regulam textus in *l. pronunciatio* 195. §. *familiæ* 2. *verſ. pater autem de verb. ſign.* Secundum quatenus jus deliberandi ſuis hæredibus competere ſcribit, quod tamen extraneis hæredibus ſolum conceditur, non ſuis, quibus excepto caſu textus in *l. ſi quis ſuus* 8. *de jur. delib.* non deliberationis, ſed abſtentionis beneficium indultum eſt, de quo expreſsè loquitur Julius Paulus *l. ſi quis filium* 7. §. *hoc tit.* quæ de jure deliberandi falſo Tribonianus accepit. Quibus calumniis potius, quam difficultatibus ex eo ſatisfit, quod & hi qui parentis morte ſui juris effecti ſunt, quamvis revera patresfamilias ſint, ex præterito denominatione deducta, id eſt, inſpecto paternæ mortis tempore non abſurdè filiifamilias appellantur ex dictis *anteriori capite num.* 3. Et præterea Julius Paulus dum in *dict. l.* 7. §. 1. de abſtentionis beneficio ſuis hæredibus indulto, ejuſque tranſmiſſione pertractat, vi ipſa diſputat de jure deliberandi, quod plerumque commixtionem, aut abſtentionem præcedit, & licèt jure civili ſuis hæredibus, ut pote neceſſariis non competeret, poſt inductum à Prætore abſtentionis beneficium, ipſis etiam non minus, quam extraneis competere cæpit, ut ex *dict. l.* 8. *cum leg. ſeq. de jur. delib.* communiter & rectè docent Interpretes in §. *extraneis* 5. *inſtit. de hæred. qual. & differ.* Meritò itaque Juſtinianus ſuperiùs Julii Pauli fragmentum ad juris deliberandi tranſmiſſionem adduxit. Nec magis audiendus Vela qui *dict. diſſert. num.* 108. exiſtimat quod etſi ſui hæredes antiquo etiam jure, ſi quidem deliberandi tempus non petiiſſent, ad quemcumque ſucceſſorem, quamvis extraneum paternam hæreditatem tranſmitterent, ſi tamen deliberandi tempus impetraſſent, & antè immixtionem deceſſiſſent, non ad extraneos hæredes, ſed liberos dumtaxat, ſeu ad ſuam poſteritatem [prout loquitur Juſtinianus] poterant eam hæreditatem tranſmittere, quia hoc ipſo quod ad deliberandum tempus peterent, ſuitatem, ſeu paternæ hæreditatis acquiſitionem ſuſpendere cenſebantur, qua ſuſpenſa ſolum reſtabat jus deliberandi, quod non ad extraneos, ſed ad liberos tranſmittebatur, donec Juſtinianus tam extraneos hæredes, quam ſuos jus deliberandi tranſmittere ad quemcumque ſucceſſorem, quamvis extraneum, conſtituit in *dict. l.* 19. Nam hæc opinio ex eo ſuſtinenda non eſt, quod ſui hæredis non ex eo, quod tempus ad deliberandum petant, ſuitatem velle ſuſpendere intelliguntur, ſed immixtionem, cum id agant, ut patrimonii vires explorent, ſe inſtruant, & apud ſe conſtituant, an ſe immiſceant, an abſtineant; interim itaque dum deliberant, ſui adhuc & neceſſarii hæredes jure civili ſunt, nec niſi poſt abſtentionem hæreditariis oneribus liberantur, ut nullus ignorat, ergò interim decedentes veteri etiam jure poterant paternam hæreditatem, & deliberandi, abſtinendique ſimul jura ad quemcumque etiam extraneum hæredem tranſmittere. Nec contrarium ſenſit Juſtinianus in *dict. l.* 19. qui poſteritatis nomine extraneos etiam hæredes comprehendit, ut vidimus *præced. cap. num.* 4. & in id Julii Pauli ſententia vertitur, ut oſtendar, quod quemadmodum antiquo etiam jure attento, ſui hæredes antè immixtionem decedentes jus deliberandi ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittunt, ſic & poſt ſuam conſtitutionem extranei antè aditionem decedentes, eo tamen ſervato diſcrimine, quod ſui hæredes paternam hæreditatem tanquam jam ipſo jure quæſitam, & ſimul jus deliberandi, extranei verò ſolum jus deliberandi & adeundi hæreditatem tranſmittunt.

Hæc autem Juſtiniani conſtitutio, quamvis 15
ad bonorum poſſeſſores, non minus quam ad teſtamentarios, vel legitimos hæredes pertineat, cum generaliter de ſucceſſoribus & ſucceſſione loquatur, ut latè reſolvit Maſſinius in *dict. l.* 4. *C. qui admitti ex num.* 136. ita locum habet, ſi quis hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem ſibi delatam ſciens, antè aditionem

vel agnitionem deceſſerit, alioquin ſi ignoraverit, deliberandi jus ad hæredem non transfert, ut indicant illa verba textus in *dict. l. 19. Cod. de jur. delib.* ibi, *& ſi quidem is, qui ſciens hæreditatem*, quia cum deliberatio quædam ſit animi meditatio arbitrii libertatem requirens, in ignorantem non cadit, qui ideò cum deliberare dici non poſſit, nullum deliberandi jus ad hæredem poteſt tranſmittere, ut fundant Anton. Gomez *dict. 1. tom. var. cap. 9. num. 52.* & alii plures quos ibi ejus additionator Ayllon. Laynez congeſſit *num. 49.* Contrarium tenet Duarenus *ad tit. digeſt. de jur. delib. cap. 2. circa fin.* cui veriſſimæ, communique ſententiæ graviter adverſatur ad rem ignotus ejuſdem Juſtiniani textus in *nov. 158. cap. 1. verſ. ſed obſtento*, ubi quod Theodoſius aſſeruit in *dict. l. 18. ſin vero 3. in princ. C. de jur. delib.* quod ſi infans, cui fuerit poſſeſſio bonorum, vel hæreditas delata, cum vel tutorem non haberet, vel tutor ejus nomine hæreditatem adire, aut agnoſcere bonorum poſſeſſionem neglexerit in ea ætate, & ſic antè aditionem vel agnitionem deceſſerit, ad eos hæreditas perveniat, ad quos & ab initio pertinuiſſet, ſi delata infanti non fuiſſet, ita procedere Juſtinianus declarat, ſi infans poſt deliberationis annum elapſum deceſſerit, at ſi intra deliberandi terminum ſuum obierit, ut ad hæredem jus deliberandi tranſmittat, ſtatuit. Tunc ſic: infans ignorans omnino eſt, & tamen intra annum decedens ad hæredem jus deliberandi tranſmittit, ergò is etiam qui hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem ſibi delatam ignorat, ad hæredem jus deliberandi tranſmittit. Reſpoudeodum tamen exiſtimo, quod licèt inſpecta conſtitutione textus in *dict. l. 19. cod. de jur. delib.* Infans ita demum poſſet ad hæredem jus deliberandi transferre, ſi tutor ipſi delatam hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem ſciiſſet, quia ſciens tutor pupilli nomine deliberare intelligitur, & ejus ſcientia debuit infanti, ad tranſmiſſionis cauſam prodeſſe, argum. text. in *dict. l. 7. §. ult. de bon. poſſeſſ.* Noviter tamen in *dict. Novella* 158. idem Juſtinianus induxit, ut impuberes ſivè tutoribus careant, ſivè eorum tutores ipſis delatam hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem ignorent, ſi quidem intra annum decedant deliberandi jus ad hæredem tranſmittant, ut ſic pleniùs pupillari ætati proſpiceret, nec in petendis tutoribus negligentia, aut tutorum deſidia, vel ignorantia tranſmiſſionis commodo pupillos fraudarent, quam intra annum terminandam ſtatuit, ut ſic eadem impuberum, ac cæterorum hæredum quoad hujuſmodi tranſmiſſionem ſit cauſa.

16 Ex quibus infertur, quod & poſt inductam à Juſtiniano juris diliberandi tranſmiſſionem, altera adhuc illa, quam in ſuperioribus expoſuimus tranſmiſſionis ſpecies perſevetat, quæ extat in *dict. l. un. C. de his qui antè apert. tab.* Nam & hodiè liberi uſque ad tertium gradum in paternis ſacris non exiſtentes, ſivè ex aſſe, ſivè ex parte inſtituti, ſi quidem antè aperturam tabularum decedant, regulariter jus deliberandi ad hæredem transferre non poſſunt, quia antè apertas tabulas, ut plurimum quiſnam ſit hæres inſtitutus ignoratur, ut ex *dict. l. cum hæres 24. & aliis juribus de liber. leg.* diximus *num. 3.* qui verò ſe hæredes inſtitutos ignorant deliberandi jus ad hæredes tranſmittere non poſſunt ex nuper dictis, Theodoſiano itaque indigent beneficio, ut antè apertas tabulas decedentes ad liberos jus adeundæ paternæ, vel maternæ hæreditatis tranſmittant, in quo ſanè plenior eſt tranſmiſſio, quæ naſcitur ex potentia ſanguinis, & nullo ſcientiæ, vel ignorantiæ diſcrimine habito locum habet, quæ tranſmiſſio juris deliberandi, quæ ſcientibus dumtaxat competit, non ignorantibus, quamvis in pleriſque aliis plenior, uberiorque juris deliberandi, quam Theodoſiana tranſmiſſio eſſe dignoſcatur, & liberis etiam illis, de quibus loquitur Theodoſius, non numquam ſit neceſſaria. Ut eccè poſt apertas teſtamenti tabulas locus Theodoſianæ conſtitutioni non eſt, & ſimiliter hæredibus in nuncupativo teſtamento inſtitutis, aut his qui ab inteſtato ad legitimam hæreditatem vocantur, Theodoſiana non favet conſtitutiò, ut dixi *n. 5. cum ſeq.* Cum tamen juris deliberandi tranſmiſſio poſt apertas præcipuè myſtici teſtamenti tabulas procedat, & tam in nuncupativo teſtamento inſtitutis, quam legitimis hæredibus competat, unde liberi etiam intrà tertium gradum conſiſtentes, ſivè in teſtamento myſtico ſcripti hæredes poſt apertas tabulas decedant, ſivè in nuncupativo inſtituti, aut ab inteſtato vocati antè aditam hæreditatem Theodoſiano auxilio deſtituti, Juſtinianea indigent ſanctione, juxtà quam jus deliberandi ad hæredes tranſmittunt. Et ruſus cum Theodoſiana conſtitutio liberis dumtaxat uſque ad tertium gradum proſpexerit, quos non ad extraneos hæredes, ſed ad liberos ſolum tranſmittere jus adeundæ paternæ, vel maternæ hæreditatis decrevit, Juſtinianus non modo liberis etiam ultrà tertium gradum, verum & extraneis quibuſcumque hæredibus illud beneficium indulſit, ut antè aditam hæreditatem decedentes jus deliberandi, ſivè ad liberos, ſivè ad extraneum quemcumque ſucceſſorem tranſmittant.

Hæredes itaque vel teſtamentarii, vel legitimi 17
qui hæreditatem ſibi delatam ſciunt, ſi quidem intrà deliberationis tempus deceſſerint, ad hæredes jus deliberandi tranſmittunt; Verum quia ex quo deliberandi tempus ſit computandum poteſt dubitari, ſciendum eſt, quod ſi hæres, nec à principe, nec à judice deliberationem petierit, annale dumtaxat deliberandi ſpatium obtinebit, quod ex tunc currere incipiet, ex quo ipſe hæreditatem ſibi delatam ſciverit, quaſi dum ſucceſſioni non renunciat, hoc ipſo deliberare videatur, qui ſi intrà annum nec hæreditatem adierit, nec pro hærede geſſerit, eo elapſo ad hæredes jus deliberandi non transfert. At ſi intrà annum, quamvis nondum adierit, aut pro hærede geſſerit, diem ſuum obierit, jus intra reſiduum tempus deliberandi ad hæredes tranſmittit, ut expreſsè Juſtinianus decidit in *dict. l. 19. C. de jure delib.* Sin autem hæres à Principe vel à judice deliberationem impetravit, conceſſum deliberandi tempus ex conceſſionis die currere incipit, & intrà ipſas metas juris deliberandi tranſmiſſio terminatur. Unde evenire facilè poteſt, ut hujuſmodi tranſmiſſio annali aliquando ſpatio, aliquando vero majori vel minori termino concludatur: ut ecce ſi hæres qui ſibi hæreditatem delatam ſcivit,

vel deliberationem non petierit, vel ſtatim ut delationis certior factus fuerit à Principe annale ſpatium (quod indulgere princeps & poteſt & ſolet *l. ult. §. & hac quidem 13. C. de jur. delib.*) ad deliberandum impetraverit, annali duntaxat intervallo juris deliberandi tranſmiſſionem terminari oportere explorati juris eſt, etſi hæres confeſtim, ac hæreditatem ſibi delatam ſcivit à Principe vel à judice minus quam annale ſpatium impetraverit (hodie namque veteri illo jure abrogato quod extat *in l. 2. cum tribus legib. ſeqq. de jur. delib.* nec princeps pluſquam annum, nec judices pluſquam novem menſium ſpatium poſſunt ad deliberandum concedere, quamvis minus præfigere non prohibeantur *dict. l. ult. §. 13. C. eod. tit.*) intra conceſſum duntaxat tempus juris deliberandi tranſmiſſioni locum eſſe debere manifeſtum eſt. Nec tunc obſtat quod Juſtinianus in *dict. l. 19.* intra annale ſpatium locum habere intra hujuſmodi tranſmiſſionem conſtituit; nec enim ſic loquitur, quaſi per annale ſpatium præciſè juris deliberandi tranſmiſſio perſeveret, ſed quaſi porrigi ultra ejus ſpatii metas non debeat, quod longè diverſum eſt, poteſt itaque minori quam unius anni intervallo tranſmiſſio terminari, non tamen poteſt ultra annale ſpatium protendi. Quod ſi hæres cum per ſex menſium ſpatium (exempli cauſa) ſibi delatam hæreditatem ſciiſſet, eo elapſo à principe annum, à judice novem menſium tempus ad deliberandum meruerit, ſi quidem illud etiam tempus computemus, quo ſciens hæres deliberationem non petiit, ampliori ſane quam annali ſpatio, juris deliberandi tranſmiſſio terminabitur, at ſi eo ſubducto conceſſum duntaxat à principe vel à judice tempus computetur, annali vel minori ſpatio tranſmiſſio concludetur. Quod itaque in *dict. l. 19.* Juſtinianus ſtatuit, juris deliberandi tranſmiſſionem intra unius anni ſpatium debere concludi, accipiendum ſic eſt, ut ſi hæres deliberationem non petierit, ex quo hæreditatem ſibi delatam ſciverit, ſi deliberationem impetraverit, quamvis multo ante delationem ſcierit, ex impetrationis die deliberandi tempus computetur, qua facta computatione ultra annale ſpatium tranſmiſſio nunquam protendatur, docet quamvis non hac perſpicuitate Goffred. *in dict. l. 84. hoc tit. n. 29. cum ſeq.*

18 Si igitur hæres intra deliberationis terminum ante aditionem diem ſuum obierit, jus intra reſiduum tempus deliberandi ad hæredem tranſmittit, argum. textus in *l. ult. in fin. C. ſi major fact. alien. fact. ſin. decret. rat. hab.* Reſiduum autem hoc deliberandi tempus oon ante currere incipit, quam tranſmiſſarius hæres adierit hæreditatem, & defuncto, cui ſucceſſerit delatam eſſe priorem hæreditatem ſcierit, ut ſuadet *ab arg. text. in l. ſi in diem 46. de cond. & demonſt. & in l. 3. §. ſi quis hæredi 11. de ſtat. lib.* in quibus quoties legatarius vel ſtatu liber hæredi intra certum terminum conditionis adimplendæ cauſa pecuniam dare juſſus eſt, præfixus à teſtatore terminus ante aditam noo currit hæreditatem & *in l. ult. C. Theodoſ. de temporum curſu & reparat. denunc.* Ubi ſi ex litigantibus aliquis ab hac luce diſceſſerit, ejus hæredi non à mortis, ſed ab aditionis hæreditatis die ad proſequendam litem tempora renovantur, & præterea ſi ante aditam hæreditatem reſiduum deliberandi tempus curreret, eveniret ut tranſmiſſarius hæres, ſi quidem vellet defuncto hæreditatem delatam amplecti, vi ipſa non integrum deliberandi tempus ſed reſiduum illud duntaxat ſpatium circa ipſius etiam defuncti hæreditatem obtineret, ita enim jure poſito intra reſiduum illud temporis ſpatium à die mortis computatum ſolum poſſet defuncto delatam hæreditatem adire, quem aditionis actum cum citra jus & nomen hæredis exercere non poſſet, ut notum eſt, hoc ipſo pro hærede gerere, & ipſius etiam defuncti hæreditatem acquirere neceſſario cenſendus eſſet ex regula textus in *l. pro hærede 20. in prin. & §. Papinianus 4. l. Pannonius 86. §. ult. hoc tit. l. 6. C. de jur. delib.* Ut ergo tranſmiſſarius hæres integrum circa defuncti hæreditatem deliberandi tempus obtineat, dicendum neceſſario eſt, reſiduum illud deliberandi tempus quoad hæreditatem defuncto delatam non ante currere, quam ipſe defuncti hæreditatem adierit, & defuncto delatam hæreditatem ſcierit. Hoc ipſum illuſtrari poteſt ex textu in *l. ult. C. ſi pend. appell.* quæ eſt *lex unica ejuſd. tit. C. Theodoſ.* ſi prius animadvertamus, quod licet ejus, qui intra deliberationis terminum deceſſit, hæredi quoad defuncto delatam hæreditatem non integrum, ſed reſiduum duntaxat deliberandi tempus concedatur, ejus tamen, qui pendente appellatione deceſſit, hæredi non reſiduum duntaxat tempus tribuitur, ſed & quatuor alii menſes ad proſequendam appellationem prorogantur, ut conſtat *ex dict. l. un.* Cujus differentiæ ratior, in eo eſt, quod litis incertior, quam hæreditatis eſt cauſa, & facilior hæreditatis aditio, ut potè quæ nuda voluntate peragitur, quam appellationis eſt proſequutio, quæ prolixas judicii motas experitur, & idcirco laxiora ubique litibus agendis, quam hæreditatibus adeundis tempora præſtituunt ut docent Goffredus in *dict. l. 84. hoc tit. num. 31.* & Cujac. *lib. ſingul. de præſcript. & termin. cap. 16. & ad tit. C. ſi pend. appell.* Quo diſcrimine animadverſo in *dict. l. ult.* aſſerit Conſtantinus, quod quatuor illi menſes, qui hæredi ad proſequendam appellationem prorogantur, non à litigatoris morte, ſed ab hæreditatis aditione numerantur, ne alioquin hæres negotium ignorans, vel etiam ſuper adeunda hæreditate dubitans, priuſquam aliquod commodum ſentiat, damnum affici compellatur. Quæ deciſiva ratio omiſſo Goffredo ubi nuper meo judicio explicanda ſic eſt, ſi quatuor illi menſes à litigatoris morte numerentur, hæres ſi quidem proſequi appellationem vellet, vi ipſa eorum ſolum ſpatium ad deliberandum ſuper hæreditate obtineret, eo enim ipſo, quod appellationem proſequeretur, quod facere citra jus & nomen hæredis non poſſet, pro hærede gerere intelligeretur, & ſic vel negotium ignorans, vel adhuc ſuper adeunda hæreditate deliberans, priuſquam certum aliquod lucrum hæreditatis ſentiret, litis damnis, & hæreditariis oneribus implicaretur. Ut ergo hæres integrum ſuper hæreditate deliberandi tempus obtineat, quatuor illi menſes ad proſequendam appellationem præſtituti ante aditam non currunt hæreditatem, pariter ergo ex eadem juris ratione, reſiduum illud deliberandi tempus, quod Juſtinianeæ conſtitutionis poteſtate ad hæredem transfertur, ante aditam hæreditatem non currit.

19 Illud denique quæri poteſt, an ſi hæres, ad quem fuerit reſiduum deliberandi tempus tranſmiſſum, intrà illud poſt aditam ſecundam hæreditatem, & antequam ptimam adierit hæreditatem, deceſſerir, ad hæredem quod adhuc ſuperfuerit, deliberandi tempus circà primam hæreditatem tranſmittat? Quam quæſtionem affirmativè reſolvit Antonius Gomez *dict.* 1. *tom. var. cap.* 9. *num.* 54. quia jus deliberandi ſemel ad primum hæredem tranſmiſſum hæreditarium efficitur, ergo & ad ulteriores debet hæredes tranſmitti, præcipuè cum hæredis appellatio, non modo ad proximum hæredem, ſed & ad ulteriores referatur. *l. videamus* 17. *quod metus cauſa l. hæredis* 65. *de verb. ſign.* & hæredis hæres primi etiam teſtatoris hæres eſſe dicatur in *l. ult. C. de hæred. inſtit. cum ſimil.* Ex oppoſito Goffredus cujus veriorem ſenteutiam exiſtimo in *dict. l.* 34. *hoc tit. n.* 33. Negativè reſpondet, quippè cum juris deliberandi tranſmiſſio fuerit adverſus juris communis regulas introducta & juſtinianea conſtitutio de primo dumtaxat hærede loquatur, tanquam exorbitans extendi ad ulteriores ſucceſſores non debet, ex vulgari regula textus in *dict. l.* 14. *de legibus.* Quod enim dicitur hæredis appellationem, non modò ad proximum hæredem, ſed & ad ulteriores referri, & hæredis hæredem primi etiam teſtatotis hæredem eſſe cenſeri, in his locum obtinet, quæ à communi jure proficiſcuntur, non in his quæ ex benignitate ſtrictis juris regulis relaxatis, primo hæredi conceduntur, qualis profectò eſt juris deliberandi tranſmiſſio. Nec jus deliberandi, cum in mera & ſimplici facultate conſiſtat, quamvis favorabiliter ad primum hæredem tranſmiſſum in ejus bonis eſſe dici poteſt ex *dictis* 1. *cap. num.* 6. *cum ſeq.* ut ſic debeat ad ulteriores ſimiliter hæredes tranſmitti. Nec plures jam novis conſtitutionibus introductæ tranſmiſſionis ſpecies ſuperſunt, quod enim antiquiores nonulli cenſuerunt, quod hodie emancipatus filius qui poſt novam Juſtiniani ſanctionem in *dict. l. ult.* §. 1. *C. de legit. hæred.* & in *Novella* 118. *cap.* 4. ad ſui hæredis ſimilitudinem parenti civili jure ſuccedit, ipſo jure quamvis ignorans paternam hæreditatem ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittit, nec ſi verum eſſet, novam ideò tranſmiſſionis ſpeciem conſtitueret. Nam poſito quod Juſtinianus emancipatis liberis ſuitatis jura tribuiſſet, communi,
1 non ſpeciali jure, emancipati tanquam ſuitatis prærogativa ſuffulti, quantumvis ignorantes ad quemlibet ſucceſſorem paternam hæreditatem tranſmitterent; & falſum omninò eſt, nam & hodie emancipati liberi, quamvis civili jure ad inteſtatam parentum ſucceſſionem vocentur, in quo dumtaxat ſuis hæredibus in præfata conſtitutione à Juſtiniaoo æquiparantur, ſuitatis jure deſtituuntur, nec niſi adeundo, vel pro hærede gerendo, paternam hæreditatem acquirunt, quam ideò antè aditionem decedentes ad hæredem non transferunt, ut latiùs diſputant Vigilius in §. *ſed hæc quidem* 6. *inſtit. de Exhære. liber.* & Vela *dict. differt.* 11. *num.* 65. Licet ejus adeundæ jus, vel ad liberos, vel etiam ad extraneos hæredes poſſint aliquando tranſmittere, in his videlicèt caſibus, in quibus per integrum hoc caput explicatæ tranſmiſſionis ſpecies locum habeant.

CAPUT QUARTUM.

In quo utrum vulgaris ſubſtitutio hæreditatis tranſmiſſionem excludat diſceptatur.

JAm poſtquam omues tranſmiſſionis ſpecies 1
tam novis conſtitutionibus, quam veteri jure introductas ſigillatim expoſuimus, poſtremam noſtræ tractationis partem attingimus & exagitandam celebrem illam quæſtionem aſſumimus, urrum ſcilicet vulgaris ſubſtitutio hæreditatis tranſmiſſionem excludat? Quam ut perſpicuè reſolvam, primum de ſuis hæredibus, de extraneis deinde diſſerere ſtatui. Et ut ſtatim incipiam, tenendum firmiter, quod ſuus hæres, etſi volgarem ſubſtitutum acceperit, etiam ignorans & ante immixtionem decedens excluſo ſubſtituto ad hæredes paternam hæreditatem tranſmittit ut docent Oſſual. *ad Donell. lib.* 6. *comment. cap.* 24. *litt. H.* Anton. Faber. *de errorib. dec.* 32. *err.* 6. *cum ſeq.* Petrus Barboſ. *in l.* 1. *de vulgar. ex n.* 286. Anton. Gomez. *dict.* 1. *tom. var. cap.* 3. *n.* 15. Pichard. *ad princip. inſtit. de vulgar. ex n.* 28. *&* in §. *ita demum inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. ex n.* 19. *& in lect. ad noſt. tit. cap.* 12. *n.* 13. *& ad tit. de vulg. cap.* 11. *ex num.* 39. D. Retes *in adverſ. de inoff. teſtam. cap.* 17. *n.* 4. Caſtillo *lib.* 3. *Controv. cap.* 11. *n.* 2. *& cap.* 13. *ex n.* 28. Vela *dict. differt.* 11. *ex n.* 39. In cujus ſententiæ confirmationem non quidem utar textu, quem facilè eludunt adverſarii in *l. ſi quis filium* 7. §. 1. *juncto ejuſdem legis princ. hoc tit.* nam eum diverſæ ſint ſpecies, reſpondebunt, & meritò ex eo quod Paulus in ejus legis initio inſtituto hæredi vulgarem ſubſtitutum datum eſſe proponat, non rectè deduci, quod & in §. 1. Cujus longè alia ſpecies ſuo hæredi vulgaris ſubſtitutus datus ponendus præcisè ſit, præcipuè cum non de ſuo hærede ex teſtamento, ſed de ſuo hærede generaliter Paulus pertractet, & ad ſuum hæredem tam ab inteſtato, quam ex teſtameoto ejus deciſio pertineat, nec poſſit ab inteſtato de vulgari ſubſtitutione tractari *l. poteſt* 36. *de vulgar. prin. inſtit.* ubi communiter interpretes *hoc tit.* Expendam ergo inevitabiles dumtaxat textus, & qoos eludere non poſſint adverſarii, ex quibus evincitur ſuitatis jus per vulgarem ſubſtitutionem nec adimi nec ſuſpendi, quod ſi præſtitero aſſumptum profectò habebo, quippe cum præcipuus ſuitatis effectus in hæreditatis tranſmiſſione conſiſtat, ſi vulgaris ſubſtitutio ſuitatem nec adimit nec ſuſpendit, nec hæreditatis utique tranſmiſſionem adimere aut ſuſpendere poteus erit. Et primo quidem expreſſus in hanc rem eſt textus *in l. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *verſ. niſi fortè de inoff. teſtam.* dixerat Ulpianus quod quarta, quæ filio relicta inofficioſi querelam excludit, per libertates minuitur, & idcirco parer qui totam patrimonii ſubſtantiam in ſervis habet, poreſt inofficioſi querelam excludere, ſi filium hæredem inſtituat, & ſervis omnibus libertatem relinquat; progreditur & *in dict. verſ niſi fortè* cautelam ſubjungit; qua ſi utatur filius poterit à parente illatam fraudem ſubmovere, poteſt inquir, ſi quidem in poteſtate non fuerit, hæreditatem ex teſtamento omittere, eamque ad ſubſtitutum tranſmittens, ſeu
quod

Digitized by Google

quod idem eſt, vulgari ſubſtituto locum faciens adverſus eum inofficioſi querelam exercere, & reſciſſo teſtamento ab inteſtato citra edicti pœnam paternam hæreditatem obtinere; nunc ſic: ideo hujuſmodi cautelam emancipato dumtaxat filio, non etiam ei, qui fuerit in poteſtate, Ulpianus ſuppeditat, quia ſcilicet ubi emancipatus eſt inſtitutus, non prius libertates tametſi directæ competunt, quam adita ex teſtamento hæreditas fuerit *l. teſtamento 23. de manum. teſtam.* & quamvis poſt emancipati repudiationem ſubſtitutus ex cauſa ſubſtitutionis hæreditatem adierit, teſtamento prius per inofficioſi querelam reſciſſo retrò non competiiſſe creduntur *dict. l. 8. §. pen. de inoffic.* nec ab inteſtato ſuſtinentur ex edicto *ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, quod etſi libertates non minus quam legata defendat *l. 6. §. ult. l. de libertatibus 12. l. ſi ſervum 28. §. 1. l. penult. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* in præſenti tamen conquieſcit, quia filius dum patris fraudem excludit, fraudem non facit, in quibus terminis edicto locus non eſt ex regula textus in *dict. l. 6. §. non ſimpliciter 3. & §. ſi patronus 8. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. l. cum pater 77. §. titio 31. de leg. 2.* At ſi ſuus hæres fuit inſtitutus. ſtatim à paternæ mortis tempore per nudam ſui hæredis exiſtentiam directæ competunt libertates, nec per abſtenſionem infirmantur *l. ſciendum 32. de manum. teſtam. l. 3. de teſtam. manum.* & idcirco fruſtra ex teſtamento ſe abſtineret, nec eo magis inutiles libertates conſtitueret, ut explicat D. Retes *ubi nuper dict. cap. 17. n. 4.* Ex qua Ulpiani ſententia evidenter depromitur ſuitatis jus per vulgarem ſubſtitutionem nec adimi nec ſuſpendi, alioquin ubi ſuus hæres vulgarem ſubſtitutum accepiſſet, nec ſtatim ex teſtamento hæres exiſteret, nec à paternæ mortis tempore directæ libertates conſiſterent. Cum ergo juxta Ulpianum filius, qui fuit in poteſtate, hæres ſcriptus, quamvis vulgarem habeat ſubſtitutum, ſtatim ex teſtamento ipſo jure hæres exiſtat, & per ejus exiſtentiam directæ libertates confirmentur, vulgaris ſubſtitutio ſuitatem nec adimit, nec ſuſpendit, ac per conſequens nec paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludit.

2 Diſſimulare tamen nefas eſſet, quod præfata Ulpiani ſententia in *dict. l. 8. §. 9. de inoff.* ex eo difficilis redditur, quod etſi filius ſuus hæres ſit inſtitutus, & vulgarem ſubſtitutum acceperit, poterit ex teſtamento ſe abſtinere, & ſubſtituto locum facere, qui tunc Prætoris beneficio ad ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem vocatur, ut poſtea dicemus, & adverſus eum inofficioſi querelam exercere, & poſt reſciſſum teſtamentum ab inteſtato hæreditatem obtinere, ſimulque fraudem paternam ſubmovere, quia licet directæ libertates fuerint per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmatæ, nec per abſtentionem infirmatæ *ut praeced. num.* dixi, reſciſſo poſtea teſtamento per querelam non tam reſcinduntur, quam retro non competiiſſe creduntur, ut ex eo conſtat quod per nudam ſui hæredis exiſtentiam, non efficacius quam per extranei hæredis aditionem directæ libertates confirmantur, ut nullus ignorat & cum per extranei hæredis aditionem confirmatæ, reſciſſo poſtea per querelam teſtamento, retrò non competiiſſe credantur *dict. l. 8. §. pen.* idem erit profectò dicendum de libertatibus, quæ fuerint per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmatæ. Falſo igitur Ulpianus *in dict. §. 9.* emancipato dumtaxat filio, non etiam ei qui paternæ mortis tempore fuit in poteſtate cautelam ad paternam fraudem excludendam ſuppeditat, quando ſuus hæres non minus quam emancipatus poteſt omiſſa cauſa teſtamenti, & ſubſtituto locum faciens per inofficioſi querelam parentis fraudem ſubmovere. Cui difficultati ab interpretibus omiſſæ reſpondendum exiſtimo, in ſpecie quam vexat Ulpianus, ſuperiorem cautelam ſuo hæredi prodeſſe non poſſe, & libertates ſimul per nudam ſui hæredis exiſtentiam confirmatas etiam abſtenſione ſequuta, & teſtamento per inofficioſi querellam adverſus ſubſtitutum motam reſciſſo non ideò infirmari, quia per inofficioſi querelam ſecundus duntaxat gradus reſcinditur, non etiam primus, contra quem nec ſuus hæres querelam intendit, nec intendere potuit, ne alioquin ſecum ipſe contenderet contra vulgarem regulam textus *in l. nec cum filio 16. de furtis*, & cum primus gradus ab initio per ſui hæredis exiſtentiam confirmatus etiam poſt abſtentionem illæſus Jure civili inſpecto perſtiterit, nec poſtea fuerit per inofficioſi querelam reſciſſus, libertates quæ non ex ſecundo ſed ex primo gradu competierunt, nulla ratione debent infirmari; quod enim vulgo dicitur, quæ ſemel competierunt libertates teſtamento per inofficioſi querelam reſciſſo retro non competiiſſe videri, ita verum eſt, ſi gradus ex quo competierunt, fuerit per querelam reſciſſus. Nec abſurdum alicui videatur quod inofficioſi querela ſecundum, non etiam primum gradum in præſenti reſcindat, nam cum poſſit unum eundemque gradum, adverſus quem exercetur, pro parte ſolum reſcindere *dict. l. 8. §. ſed nec impuberis 5. l. circa 24. de inoff. teſtam. l. cum filius 76. in princ. de leg. 2.* Melius utique poterit ſecundum gradum reſcindere, & primum illæſum relinquere. Et diſſimilis eſt cauſa poſthumi, qui in primo gradu præteritus & in ſecundo gradu exhæredatus, ubi in lucem editus, ideò utrumque gradum, & ſic totum teſtamentum rumpit *l. 5. verſ. ſed ſi à primo gradu de injuſt. rupt. l. 1. §. per contrarium 7. de vent. in poſſeſſ. mitt.* quia alioquin ruptura non ipſi, ſed ſubſtituto prodeſſet, ut docent Anton. Faber. *lib. 8. conject. cap. 20.* & cum aliis Valent. *3. illuſt. tract. 3. cap. ult. n. 9. cum ſeq.* Maneat itaque emancipato dumtaxat filio Ulpiani conſilium prodeſſe, qui per repudiationem penitus primum gradum deſtituit, & eo effectu adverſus ſubſtitutum querelam inſtituit, ut directæ libertates quæ non ex primo ſed ex ſecundo gradu competierunt, reſciſſo poſtea teſtamento, retro non competiiſſe credantur: ut ex Ulpiani deciſione perſpicuè deſumitur, quod per ſui hæredis exiſtentiam cui datus vulgaris ſubſtitutus eſt, etiam abſtenſione ſequuta directæ libertates irrevocabiliter confirmantur, & quod in neceſſarium antecedens, vulgaris ſubſtitutio ſuitatis jura nec adimit nec ſuſpendit, nec magis paternæ hæreditatis tranſmiſſionem ſubmovet.

Noſtram præterea ſententiam fulcit diſertus 3
textus quem ad rem aliam expoſuimus *cap. 2. n. 12. in l. ult. verſ. nam ſuperior & verſ altera vero ſpecies de condit. inſtit.* ubi ſi filius exiſtens in poteſtate hæres ſub poteſtativa conditione inſtituatur, & nepotes ex eo ſint ſubſtituti, ſi

quidem filius ante impletam conditionem deceſſerit, & quæratur an vivo vel mortuo filio nepotes ex cauſa ſubſtitutionis ſuccedant, multum intereſſe Papinianus ſcribit, an ea fuerit conditio, quæ moriente filio impleri non potuit, an verò quæ extremo etiam vitæ momento per alium impleri potuerit. Nam prior ſpecies conditionis admittit vivo filio nepotes ad hæreditatem, quippe eum ultimo in quo filius decedit inſtanti, quod vitæ non morti tribuitur *l. qui duos* 18. §. 1. *de manum. teſtam.* verum per rerum naturam ſit poteſtativam conditionem nec ad impletam, nec adimpleri jam poſſe, & ſic filium nec ex teſtamento hæredem extitiſſe nec exiſtere jam amplius poſſe, eo ipſo momento caſus ſubſtitutionis exiſtit, ex cujus cauſa nepotes ad hæreditatem vocantur, quam non ſibi acquirunt, ſed morienti patri, qui ex ſua perſona excluſus per eos ultimo vitæ inſtanti patri ex ſecundo gradu neceſſarius hæres exiſtit, argumento textus in *l. 6. §. interdum* 5. *hoc tit. l. filius* 13. *de bon. libert.* & paternam hæreditatem, quam per filios acquiſivit, ſi eos forſitan exhæredaverit, ad extraneos ſucceſſores tranſmittit, prout Papinianum ſubtiliſſimus accepit Coſta 2. *ſelect. cap.* 1. *n.* 2. Et idcirco nepotes ex filio ſubſtitutos ſignanter Papinianus proponit, quia alioquin ſi extraneus fuiſſet inſtitutus, quamvis filius antè impletam hujuſmodi poteſtativam conditionem decederet, non quidem vivo, ſed mortuo filio hæreditatem acquireret, quæ etſi ultimo illo inſtanti à lege deferatur ex cauſa ſubſtitutionis, ab extraneo ſubſtituto acquiri antè aditionem, aut pro hærede geſtionem non poteſt, qui eum vivo filio ſibi delatam hæreditatem ignoret, cum extremum vitæ momentum, quod per rerum naturam certum eſt, incertum omninò penes noſtram exiſtimationem ſit, non niſi poſt mortem filii adire, aut pro hærede gerere ex cauſa ſubſtitutionis poteſt, ut animadvertit Santolaria *interpr.* 11. *num.* 8. Poſterior vero conditionis ſpecies non vivo, ſed mortuo filio nepotes ad hæreditatem admittit, nam quamdiu inſtitutus poteſt hæres exiſtere, tamdiu ſubſtituto locus non eſt *l.* 3. *l. tandiu* 69. *hoc tit.* ſed ſub ea poteſtativa conditione, quæ ultimo vitæ momento per alterum poſſit adimpleri, inſtitutus filius, ultimo etiam quo decedit inſtanti, ex primo gradu poteſt hæres exiſtere, ſi forſan alterius nomine conditionem adimpleat, ergo non niſi poſt mortem filii, quo demum tempore verum eſſe incipit poteſtativam conditionem, nec adimpletam eſſe, nec adimpleri jam poſſe, & filium ex primo gradu, nec hæredem extitiſſe, nec exiſtere jam amplius poſſe, caſus ſubſtitutionis exiſtit, nec prius ex ejus cauſa nepotibus hæreditas defertur, & acquiritur, in quibus terminis filii videlicet ſub poteſtativa illa conditione inſtituti, quæ ultimo vitæ momento per alium adimpleri potuerit, accipiendus neceſſario eſt textus in *l.* 4. §. *ult. de hæred. inſtit.* Quatenos aſſerit, quod ſi filio ſub poteſtativa conditione inſtituto, ſivè nepos ex eo, ſivè extraneus ſit ſubſtitutus, non vivo, ſed mortuo filio ex cauſa ſubſtitutionis hæreditas defertur, & acquiritur, quamvis illud inter nepotem & extraneum ſubſtitutum interſit, quod nepos ſtatim poſt mortem filii avo ex ſecundo gradu ſuus & neceſſarius hæres exiſtit, quia quo tempore incipit ex teſtamento hæreditas deferri primum in familia gradum obtinet; extraneus verò ſubſtitutus, tanquam voluntarius hæres non aliter quam adeundo, vel pro hærede gerendo hæreditatem acquirit.

Quam Papiniani deciſionem in *dict. l. ult. de* 4
condit. inſtit. ſic expendo: Si vulgaris ſubſtitutio ſuitatem adimeret aut ſuſpenderet, etiam eo caſu, quo filius ſub ea poteſtativa fuiſſet conditione inſtitutus, quæ ultimo vitæ momento per alium adimpleri potuiſſet, eo moriente & ſic adhuc ſuperſtite, ſubſtitutus ex eo nepos ex ſecundo gradu admitti ad hæreditatem deberet, dato enim quod filius ex eo quod vulgarem ſubſtitutum accepiſſet, ſuitatis jure non fungeretur, etiam poſt impletam poteſtativam conditionem voluntarius hæres exiſteret, neque aliter quam adeundo, vel pro hærede gerendo poſſet paternam hæreditatem acquirere, ac per conſequens ultimo vitæ momento, quamvis per alium tunc impleta conditio fuiſſet, hæres effici non poſſet, tum quia impletam conditionem, & ſibi delatam hæreditatem ignoraret, nec aliter quis poteſt hæreditatem adire, quam ſi adimpletam conditionem & ſibi delatam hæreditatem ſciat, *l. hæres* 32. §. 1. *hoc tit. l. multum* 21. *de cond. & demonſt.* pro cujus conciliatione cum *l. ſi quis extraneus* 21. §. *ult. hoc tit.* conſulendi Pichardus *ad noſt. tit. cap.* 11. *num.* 7. & Cheſius 1. *interpr. cap.* 12. *num.* 22. Tum quia hæreditatis aditio, aut pro hærede geſtio expreſſam voluntatem verbis, vel factis declaratam deſiderat, nec poteſt quis ultimo vitæ momento verbis, vel factis voluntatem oſtendere, & ſic neque hæreditatem acquirere *l. ab omnibus* 104. §. *cum quidam* 6. *de legat.* 1. *l. ult. quando dies leg. ced.* Et idcircò licèt ultimo illo inſtanti adhuc poſſit adimpleri conditio, ſtatim vivo adhuc filio caſus ſubſtitutionis exiſteret, fruſtra namque expectaretur conditionis eventus, qui nihil operaretur ex vulgari regula textus in *l. aliquando* 13. §. *ult. ad Velleian.* Sed juxta Papinianum, ubi ſub conditione inſtitutus filius, quæ ultimò vitæ inſtanti poſſit adimpleri, antè eam impletam decedit, non vivo, ſed mortuo filio nepotes ex cauſa ſubſtitutionis ad hæreditatem vocantur; ergo ultimo etiam vitæ inſtanti in id conditionis implementum expectatur, ut ſi alter filii nomine conditionem impleverit, moriens filius ex primo gradu ſuus & neceſſarius hæres exiſtat, ergo poſt impletam poteſtativam conditionem ſub qua filius fuit inſtitutus, quæ ſupereſt vulgaris ſubſtitutio ſuitatem nec adimit, nec ſuſpendit, ac per conſequens, nec tranſmiſſioni paternæ hæreditatis obſiſtit. Mirificè itidem noſtra ſententia probatur ex *l.* 1. §. *ſi is qui bona* 21. *de collat. bon.* videnda quæ dixi *ad tit. C. de collat. cap.* 2. *num.* 12.

Solet etiam à ratione ſic noſtrâ ſententia 5
probari: ſi vulgaris ſubſtitutio ſuitatem adimeret, nec popillaris expreſſa ſubſtitutio tacitam vulgarem, nec expreſſa vulgaris tacitam pupillarem includeret, cum ſuis dumtaxat hæredibus pupillaris poſſit ſubſtitui *l.* 2. *in princ. verſ. nepotibus de vulgar.* atqui pupillaris expreſſa ſubſtitutio tacitam vulgarem, & expreſſa vulgaris tacitam pupillarem includit *l.* 4. *eod. tit. C. de impub. & al. ſubſtit.* ergò vulgaris ſubſti-

Digitized by Google

tutio ſuitatem non adimit. Hæc ratio tametſi à pleriſque noſtræ ſententiæ autoribus adducta (ut verum fateat,) nullius ferè ponderis eſt, pupillaris etenim ſubſtitutio non ſuis præcisè hæredibus, ſed his liberis prodeſt, qui poſt ſubſtituentis parentis obitum recaſuri in alterius poteſtate non ſunt, quod ſolum probat textus in *dict. l. 2. in princ. verſ. nepotibus de vulgar.* ut videre eſt in exhæredatis, quibus pupillariter poteſt ſubſtitui *l. 10. §. ad ſubſtitutos 5. eod. §. non ſolum 4. inſtit. de pupill.* cum tamen poſt exhæredationem per aditionem hæreditatis confirmatam jura ſuitatis amittant, ut docui in Academ. de pupillari *cap. 2. n.* 12. Ex eo igitur quod pupillaris expreſſa ſubſtitutio tacitam vulgarem, & expreſſa vulgaris tacitam pupillarem contineat, quod vulgaris ſubſtitutio jura ſuitatis non adimat, non rectè deſumitur. Melius ſane ex eo noſtra ſententia firmatur, quod ſi vulgaris ſubſtitutio ſuitatem adimeret, aut ſuſpenderet, filius hoc ipſo, quod vulgarem ſubſtitutum accepiſſet, voluntarius hæres eſſet, & ubi paternam hæreditatem omitteret non abſtinere, ſed repudiare diceretur, eoque repudiante civili jure attento caſus vulgaris ſubſtitutionis exiſteret, nec ſubſtituto Prætoris auxilio opus eſſet. Atqui filius cui datus vulgaris ſubſtitutus eſt, ubi paternam hæreditatem omittit, non repudiare, ſed abſtinere dicitur, quod proprium ſuorum hæredum eſt, eoque abſtinente civili quidem jure locus vulgari ſubſtitutioni non eſt, ſed à Prætore ſubſtitutus ad ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem vocatur, ergo vulgaris ſubſtitutio ſuitatem nec adimit, nec ſuſpendit. Minorem, probat elegans textus in *l. ex contractu 44. de re jud.* ubi proponit Scævola pupillam, quæ vulgarem ſubſtitutum acceperat, & tutore autore paternæ ſe immiſcuerat hæreditati, mox tutoris autoritate paternis bonis ſe abſtinuiſſe ex Prætoris ſcilicet edicto, circa in integrum reſtitutionis auxilium juxta reg. text. in *l. impuberibus 11. l. neceſſariis 57. in princ. verſ. ſed impuberibus hoc tit.* & ex ea cauſa defuncti bona ad ſubſtitutum perveniſſe: Ubi obſervanda Scævolæ elegantia eſt, qui non dixit ſubſtituto hæreditatem deferri, quia cum civili jure pupilla ex primo gradu ſua hæres extitiſſet, nec adhuc poſt abſtentionem hæres eſſe deſiiſſet *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus 10. de fideicomm. libert.* juncta regul. textus in *l. 7. §. ſed quod Papinianus 10. de minoribus l. ei qui ſolvendo 88. de hæredib. inſtit.* vulgaris ſubſtitutus ex ſecundo gradu hæres eſſe non poteſt, ne alioquin uni duo in ſolidum hæredes exiſtant contra regulam textus in *l. quod contra rationem 141. de reg. jur.* & ſubſtitutus cum inſtituto ſimul ad eandem hæreditatem concurrat contra textum in *l. 3. & in dict. l. 69. hoc tit.* Sed bona ad ſubſtitutum pervenire ſcripſit, quod longè diverſum eſt, & indicat ſubſtitutum ad ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem à Prætore vocari, & bona, non hæreditatem obtinere, quia ſcilicet pupilla poſtquam ſe paterna abſtinuit hæreditate jure Prætorio hæredis conceptum non retinere intelligitur, quatenùs ſcilicet nudum hæredis nomen retinet, & hæres in effectu non eſt *l. 6. §. ſi filius 2. de bon. libert. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui hæredes 8. ad Tertyll.* Et ſubſtitutus dum ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcit, bona cum effectu acquirit, nec in Prætorii juris exiſtimatione cum inſtituta pupilla concurrit, quod & reſtantis parentis voluntas ſuggerit, qui ubi vulgariter ſuo hæredi ſubſtituit, in eum caſum, quo ſuus hæres ſe ab hæreditate abſtinuerit, ſubſtitutum vocaſſe cenſetur, argumento textus in *l. in conditionibus 19. §. ſi patronus 2. de cond. & demonſt.* ut docent Anton. Faber *de errorib. dec. 32. error. 7. per tot.* Petrus Barboſ. in *l. 1. de vulg. num. 521. cum ſeq.* Pichardus in *lect. ad tit. de vulgar. cap. 6. ex num. 34.* ergo ſuus hæres, etſi vulgarem ſubſtitutum acceperit, jura ſuitatis retinet, & antè immixtionem decedens excluſo ſubſtituto ad quemcumque ſucceſſorem paternam hæreditatem tranſmittit. Nec tunc obſtat quod ſuo hærede ſe abſtinente vulgarem ſubſtitutum, nec civili, nec Prætorio jure ad ſucceſſionem admitti contendat, Cheſius 2. *interpr. cap 21. per tot.* ad id expendens textum in *dict. l. 7. §. 10. de minor. l. ſi pupillus 29. ad Trebell. l. ult. de ſucceſſ. edicto l. 6. in princ. de rebus autor. jud. poſſ.* tum quia hæc opinio ſatis ex ſuperdictis refellitur, nec prædictis juribus juvatur, quæ rectè interpretatur Goffredus in *dict. l. ult.* Barboſa in *dict. l. 1. de vulgar. num. 514. & 518.* Pichardus *ad noſt. tit. dict. cap. 12. ex num. 33.* Retes 1. *opuſc. cap. 10. ex num. 4. & ſub lib. 3. ad lib. ſing. quæſtion.* Scævol. in *dict. l. 79. per integrum commentarium & præcipuè num. 9.* Tum quia ſi vera eſſet, longè magis ſententiam noſtram firmaret, nam ſi nuda ſui hæredis exiſtentia etiam abſtentione ſequuta, omni jure civili, ſcilicet & Prætorio vulgarem ſubſtitutum excluderet, perſpicuum ſanè eſſet per vulgarem ſubſtitutionem ſuitatis jura non adimi, nec ſuſpendi, quamvis ex eo non minus idem aſſumptum probetur, quod ſuo hærede ſe abſtinente, non civili, ſed prætorio dumtaxat jure vulgari ſubſtitutioni ſit locus.

Hæc licèt ita ſecurè procedant, non deſunt 6
qui ſuitatem per vulgarem ſubſtitutionem ſuſpendi, & paternæ hæreditatis tranſmiſſionem antè immixtionem impediri cenſuerint, inter quos Fachineus *lib. 4. controv. cap. 64.* Guttierez in *repetit. ad textum in §. ſui inſtit. de hæred. qual. & differ. ex num. 55.* & cum aliis Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt. 72.* Eam opinionem ſic fundant: filius cui vulgariter parens ſubſtituit, perindè habetur, ac ſi ſub conditione, *ſi voluerit*, hæres fuiſſet inſtitutus, quiſquis enim vulgarem ſubſtitutum acceperit, poteſt ex judicio teſtatoris inſtitutionis cauſam omittere *l. 1. §. ſi proponatur 5. l. Julianus 26. §. 1. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Sed ſui hæredis inſtitutioni appoſita conditio, *ſi voluerit*, ſuitatem ſuſpendit, & interim dum pendet, paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludit *l. 4. in princ. cum leg. ſeq. l. Cornelius 69. l. jam dubitari 86. in princ. & §. 1. de hæred. inſtit. l. verba hæc 12. dict. l. ult. de cond. inſtit. l. conditionibus 5. de cond. & demonſt.* & faciunt ab argumento textus in *l. ſi ita legatum 65. §. 1. l. ſi ita expreſſum 69. de condit. & demonſt.* junctis quæ dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 5. num.* 11. ergo vulgaris ſubſtitutio non minus quam conditio, *ſi voluerit*, ſuitatem ſuſpendit, & paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludit. Secundò ſic arguunt: ſi inſtituto filio extraneus cohæres datus ſit; cohæredis adjectio quæ veluti tacita

ſubſtitutio eſt tranſmiſſionem impedit *l. ſi ritio 61. §. 1. de leg. 2. l. apud Julianum 11. §. 1. ad Trebell.* ergo potiori jure expreſſa vulgaris ſubſtitutio quæ potentior, quam cohæredis adjectio eſt *l. 2. §. ſi duo 8. de bon. poſſeſ. ſec. tab.* debet ſuitatem & paternæ hæreditatis tranſmiſſionem remorari. Tertio ſic: quemadmodum ſuus hæres ipſo jure paternam hæreditatem acquirit, & adhuc ignorans ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittit, ſic & legatarius relictum ſibi legatum ubi ſemel ejus dies ceſſerit, quamvis ignorans ad hæredem tranſmittit *l. ult. C. quando dies leg. ced. cum vulg.* ſed vulgaris ſubſtitutio in legato facta juxta textum in *l. ut hæredibus 50. de leg. 2.* Si legatarius ante agnitionem deceſſerit tranſmiſſionem excludit *l. ſi legata 6. C. de legat.* ergo & ſuo hæredi facta vulgaris ſubſtitutio, ſi quidem ſuus hæres ante immixtionem deceſſerit debet paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludere. Quartò denique expendunt textum in *l. ſi filius hæres 16. de lib. & poſt.* Ubi ſi filius omiſſo poſthumo hæres inſtitutus ſit, & ſubſtitutus nepos ex eo ſit, ſi quidem filius interim decedat, nepos tam patri quam avo ſuum hæredem exiſtere Africanus reſpondet, tunc ſic: ſi ſuitatem non ſuſpenderet vulgaris ſubſtitutio, filius etiam ante immixtionem decedens ſuus hæres extitiſſet, & paternam tranſmiſiſſet hæreditatem, nec avo, ſed patri ſolum nepos ſuus, & neceſſarius hæres exiſteret, ſed filius ante immixtionem decedens paternam non tranſmiſit hæreditatem, & eo decedente nepos tam patri, quam avo ſuus hæres exiſtit: ergo vulgaris ſubſtitutio & ſuitatem, & paternæ hæreditatis tranſmiſſionem remoratur.

7 Nec tamen hæc fundamenta contrariam, quam tuemur ſententiam offendunt, quorum primo nonnulli ſententiæ noſtræ autores reſpondent, quod vulgaris ſubſtitutio quatenus ex teſtatoris judicio arbitrium omittendæ inſtitutionis importat, ſuo hæredi facta neceſſitatem quidem in parentis favorem inductam relaxat, ſuitatem vero, quæ tota in gratiâ liberorum fuit introducta non adimit, beneficii abſtenſionis exemplo juxta dicta 2. *cap. n. 5.* & ſic paternæ hæreditatis tranſmiſſionem, quæ ſuitatis non neceſſitatis effectus eſt, non excludit. Verum communis hæc ſolutio meritò diſplicuit Antonio Fab. qui de errorib. *dict. dec. 32. error. 6. n. 8.* cum judicio tenet vulgarem ſubſtitutionem nec ſuitatem ſuſpendere, nec magis neceſſitatem adimere, quia clauſula illa vulgaris ſubſtitutionis *ſi hæres non erit* aut *ſi hæres eſſe noluerit* non inſtitutioni adſeribitur, ſed ſubſtitutioni, nec purè concepta inſtitutionem reddit conditionalem, ergo ſuus hæres non ex eo quod vulgarem ſubſtitutum acceperit perinde debet haberi, ac ſi ſub conditione *ſi voluerit* fuiſſet inſtitutus, ac proinde ſuus ſimul & neceſſarius hæres exiſtit. Nec ex eo quod parens vulgariter ſubſtituerit omittendæ hæreditatis arbitrium, ſuo hæredi præſtitiſſe cenſendus eſt, qui cum filium purè & imperativis verbis hæredem ſcripſerit, eum neceſſarium eſſe vult, prævidens tamen inſtitutum filium poſſe ex edicto Prætoris ſe abſtinere, & in effectu ſibi inteſtati periculum imminere, partim Prætoris timore, partim ſuo periculo admonitus, in eum caſum quo filius ſe abſtinuerit, ſecundum hæredem facit, & adverſus filii quam metuit, injuriam, ſibi proſpicit, ſicuti & generaliter quiſquis vulgariter non id agit, ut inſtituto repudiandi facultatem largiatur, ſed ut imminenti inteſtati periculo occurrat *l. poteſt 36. de vulgar.* niſi idem inſtitutus & ſibi ipſi ſubſtitutus proponatur (mutata ſcilicet cauſa ſubſtitutionis alioquin inutilis omnino eſſet ſubſtitutio *l. ſi te ſolum 27. de hæred. inſtit. l. 10. §. ult. l. ult. §. 1. de vulgar. juncto* Retes *ſub dict. lib. 3. opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. ſcævol. in dict. l. ult. §. 1.*) qui eum non aliter poſſit adire ex ſubſtitutione, niſi prius inſtitutionem omiſerit ex teſtatoris judicio poteſt inſtitutionem omittere, etſi ex ſubſtitutione adierit ceſſat edictum *ſi quis omiſſa cauſ. teſtam. dict. l. 1. § 5. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Docet Bened. Pinellus 1. *ſelect. cap. 4. n. 8.* qui & conſulendus erit pro explicatione textus in *dict. l. 26. in prin. & §. 1. junct. l. præced. eod.* Nec refragatur quod communiter dici ſolet ſervum proprium cum libertate hæredem inſtitutum, ſi quidem ei vulgaris ſubſtitutus datus ſit, non neceſſarium ſed voluntarium hæredem exiſtere, tum quia verius eſt per vulgarem ſubſtitutionem ſic conceptam *ſi hæres non erit* ſervo hæredi inſtituto neceſſitatem non remitti, ſed ſubſtitutionem in caſum duntaxat impotentiæ conceptam intelligi, tum quia & ſi ſic concepta ſubſtitutio, *ſi hæres eſſe noluerit* inſtituto ſervo neceſſitatem remittat, quia ſcilicet Dominus, qui veteri ſervi abſtenſionem non potuit, cui ſolum ſeparationis conceditur beneficium *l. 1. §. ult. de ſeparat. §. 1. inſtit. de hæred. qual. & differ.* in id ſolum ſubſtitutionem ſic concepiſſe cenſetur, ut ſervus non neceſſarius ſed voluntarius hæres exiſtat, ut tenent Anton. Fab. *de error. 6. n. 17.* & Pichardus *ad prin. inſtit. de vulgar. n. ult.* qui tamen fallitur dum id probare nititur ex textu; cujus longè alia ſpecies eſt in *l. 3. C. de hæred. inſtit.* non ideò infertur quod eadem formula ſuo hæredi facta ſubſtitutio neceſſitatem remittat, cum parens qui filii abſtenſionem verebatur, non neceſſitatem remittere, ſed ſibi in abſtentionis caſum per vulgarem ſubſtitutionem proſpicere intenderit.

Eandem præterea Antonii Fabri ſententiam evidenter ex eo probari exiſtimo, quod ſi ſuo hæredi facta vulgaris ſubſtitutio neceſſitatem adimeret, jure civili poſſet ſuus hæres ſe paterna hæreditate abſtinere, & ubi ſe ſemel abſtinuiſſet, nec nudum quidem hæreditatis nomen retineret, vulgarique ſubſtituto poſt abſtentionem civili jure hæreditas deferretur, ſed ſuus hæres, cui vulgariter parens ſubſtituit, poſt abſtentionem nudum hæredis nomen retinet, nec poſtquam ſe abſtinuerit civili ſed prætorio ſolum jure, vulgari ſubſtituto fit locus *dict. l. 44. de re judic.* Ergo ſuo hæredi facta vulgaris ſubſtitutio nec neceſſitatem quidem remittit. Ut majorem, in quâ eſt difficultas, oſtendam, animadverto de illo me ſæpius dubitaſſe, cur ſcilicet, cum his, qui in ſacris paternis exiſtentes primum in familia gradum occupant, ad acquirendam paternam hæreditatem ſuitatis qualitatem jus civile tribuerit, neceſſitatis præterea qualitatem ad hæreditatis retentionem adjecerit? polita etenim ſuitate otioſa omnino & ſuperflua neceſſitatis qualitas videtur, nam qui ſuus eſt, ipſo jure hæres exiſtit, & paternam hæreditatem acquirit, ſed qui ſemel hæres extitit, non poteſt hæres eſſe deſinere *dict. l. 88. de hæ-* 8

red. inſtit. Ergo ad hoc ut ſuus hæres paternam, quam ipſo jure quæſivit hæreditatem, retinere cogatur, ſuitas ſufficit, nec neceſſitatis præterea qualitate opus eſt, alioquin, & ad hoc ut extraneus hæres, quam ſemel adierit hæreditatem retinere cogatur, neceſſitatis qualitas exigeretur quod nemo dixerit; Huic difficultati reſpondere ſoleo, quod etiam poſita ſuitate, otioſa, ſuperfluave ideo neceſſitatis qualitas non eſt, quia ſuus ſuitatis ratione hæres proprie & rigoroſe non exiſtit, cum in ſuis nulla hæreditas detur, ſed liberam bonorum adminiſtrationem nanciſcitur, quatenus ſcilicet, & vivo patre quodam modo paternorum bonorum dominus exiſtimatur *l. in ſuis §. de lib. & poſt.* Valent. 3. *illuſt. tract.* 3. *cap.* 2. *ex n.* 2. illuſtris Ramos. 1. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 23. *n.* 2. *cum ſeq.* etſi neceſſarius ſimul non eſſet etiam inſpecto jure civili paterna bona omittendi facultatem obtineret, cum Domino liceat rei propriæ dominium amittere, ad ejus diſcrimen, qui verè & propriè hæres extitit, qui, quam per aditionem ſemel defuncti perſonam induit, exuere poſtea non poteſt, quod de ſuo, ſi neceſſarius ſimul non eſſet, non rectè diceretur, nam identitatis fictio, quæ tota ex patriæ poteſtatis jure derivatur, per parentis obitum extinguitur. Ut ergo ſuus hæres paterna bona, quorum ſuitatis poteſtate liberam adminiſtrationem aſſequebatur, omittere non poſſet & retinere cogeretur, neceſſitatis præterea qualitatem ſuitati adjicere jus civile opus habuit & conjuncta duplex hæc qualitas efficit, ut ſuus non minus, quam ſi verè & propriè hæres exiſteret, paterna bona civili jure retinere cogatur. Qua non in jucunda animadverſione facta majorem ſic probo: ſi ſuo hæredi facta vulgaris ſubſtitutio neceſſitatem remitteret, ſuus, cui vulgariter parens ſubſtituiſſet, civili jure poſſet paterna bona relinquere, & ubi reliquiſſet, nedum quidem hæredis, aut Domini nomen retineret, ad ejus inſtar qui dominium amiſit, ſed nudum adhuc hæredis nomen retinet poſt abſtentionem, & ſubſtitutio prætorio dumtaxat jure fit locus *dict. l.* 44. *de re judic.* Ergo vulgaris ſubſtitutio nec ſuitatem ſuſpendit, nec neceſſitatem remittit, nec magis paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludit. Si dicas Prætoris jus per abſtenſionis beneficium neceſſitatem remittere, & tamen ſuum hæredem, poſtquam ſe abſtinuit, nudum hæredis nomen retinere, illico reſpondebo Prætoris propoſitum illud fuiſſe, non ut neceſſitatem poteſtate legis inductam adimeret ſed ut perſeverantis adhuc effectus, quoad commoda & incommoda hæreditaria ſupprimeret *l. ſi filius* 12. *de vulgar.* quo videlicet ſenſu erunt exaudienda quæ ſupra dixi *cap.* 2. *n.* 5.

9 Minus ſanè ſecundum fundamentum refragatur, nam certi juris eſt quod extranei cohæredis adjectio inſtituto filio ſuitatem nec adimit, nec ſuſpendit expreſſus textus in *l.* 3. *C. de jur. delib.* cui nec reſiſtit textus in *dict. l.* 11. §. 1. *ad trebell.* Cujus genuinam forſitam ſententiam noviter aperui in *Academ. de pupill. ſubſtit. cap.* 3. *n.* 24. Pro tertii & difficilioris fundamenti ſolutione dicendum eſt quod in legato facta vulgaris ſubſtitutio nec ceſſionem nec tranſmiſſionem legati remoratur, imo ſi legatarius cui regulariter fuerit ſubſtitutum poſt diem legati cedentem, quamvis ante agnitionem deceſſerit, legatum ad hæredem tranſmittit, quod non ideo conditionale cenſetur ſed purum: ut ſuadetur ex dictis *num.* 7. & docet cum aliis Petrus Barboſ. in *dict. l.* 1. *de vulgar. num.* 289. *cum ſeq.* qui tamen inſpectè ad rem Papiniani deciſionem adducit in *l. miles* 75. §. 1. *de legat.* 2. Proponitur ibi pro parte hæredem inſtitutum, cum ſubſtituti cohæredes fuerunt, & cui prælegatum erat relictum, poſt diem legati cedentem antè aditam hæreditatem deceſſiſſe, & cum de hæreditatis & prælegati tranſmiſſione quæſtio eſſet, Papinianus reſpondet, non aditæ hæreditatis partem, non ad hæredem transferri, ſed ad ſubſtitutos cohæredes pertinere, prælegati autem portiones, quæ pro cohæredum parte conſtiterunt, ad hæredem tranſmitti, indicans non obſcurè, alteram prælegati partem, quam prælegatarius hæres, ſi hæreditatem adiiſſet, hæreditario jure cæpiſſet, non ad ejus hæredem tranſmiſſionis jure, ſed ad cohæredes ſubſtitutos ſpectare, quia licèt ſi ſubſtituti cohæredes non fuiſſent, prælegatarius hæres poſt diem legati cedentem antè aditam hæreditatem decedens integrum prælegatum ad hæredem tranſmitteret, ut probant ab argumento textus in *l. qui filiabus* 17. §. *ult. cum leg. ſeq. l. filio* 87. *l. nam nec emancipatus* 89. *cum leg. ſeq. de leg.* 1. *l. cum reſponſo* 12. *C. de legatis cum ſimil.* In quibus cohæredes ſolum dati, non ſubſtituti proponuntur, cum tamen in *dict. l.* 75. §. 1. hæredi prælegatario ſubſtituti cohæredes fuiſſent, qui hoc ipſo ratione ſubſtitutionis ad id omne vocantur, quod cohæres hæreditario jure percepiſſet, ſi hæreditatem adiiſſet *l. cohæredi* 41. §. *ult. de vulgar.* prælegatario hærede antè aditam hæreditatem, poſt diem legati cedentem decedente, prælegati portiones, quæ pro cohæredum parte conſtiterunt, & quæ ad ipſum, etſi hæreditatem adiiſſet, non hæreditario, ſed legati jure perveniſſent, ad ejus hæredem transferuntur; altera verò prælegati portio, quam ipſe, ſi quidem hæreditatem adiiſſet, hæreditario jure cæpiſſet, ad cohæredes jure ſubſtitutionis ſpectat, prout omiſſis quæ tradunt Cujacius *lib.* 18. *quæſt. Papin. in dict. l.* 87. *de legat.* 1. *& lib.* 6. *reſponſ. ejuſd. in dict. l.* 75. §. 1. Donellus 8. *comment. cap.* 7. Bellonus *de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 29. *num.* 30. Oroz 2. *de apicibus cap.* 11. *num.* 5. Papin. in *dict. l.* 75. §. 1. Interpretantur Goffredus in eo textu *num.* 4. Chumaz. *diſput.* 5. *num.* 20. Cheſius 2. *interpr. cap.* 3. *num.* 36. *cum duobus ſeqq.* Cum ergo juxta Papinianum prælegati portiones, quæ pro cohæredum parte conſtiterunt, non ad ſubſtitutos, ſed ad hæredem jure tranſmiſſionis ſpectent, infert ex ea deciſione Barboſa, quod vulgaris ſubſtitutio, nec legati ceſſionem, nec tranſmiſſionem remoratur. Fallitur tamen vir doctiſſimus, nam Papinianus in eo textu, ut jam vidimus, non in prælegato, ſed in hæreditate factam vulgarem ſubſtitutionem proponit, profectò verò ex eo quod in hæreditate facta ſubſtitutio prælegati tranſmiſſionem non impediat, quo modo inferatur, in legato factam ſubſtitutionem, nec ejus ceſſionem, nec tranſmiſſionem remorari non video.

Sed licèt textus in *dict. l.* 75. §. 1. *de legat.* 2. noſtram inſpectionem non oneret, veriſſimum adhuc eſt in legato factam vulgarem ſubſ- 10

titutionem, nec ejus ceſſionem ſuſpendere, nec tranſmiſſionem impedire argumento eorum quæ diximus *n.* 7. Nec contrarium probat textus in *dict. l. 6. C. de legat.* qui ſolum aſſerit, quod per agnitionem à primo legatario factam, vulgaris evaneſcit ſubſtitutio, nec tamen docet, quod ſi prior legatarius antè agnitum legatum deceſſerit, ejus hæredi vulgaris ſubſtitutus præfertur. Rurſus & ſubtilius forſitan reſponderi poſſe arbitror, ex eo quod per agnitionem à primo legatario ſactam vulgaris expiret ſubſtitutio, id ſolum deſumi, quod donec agnitum legatum ſit, ſpes vulgaris ſubſtitutionis perſeverat, nec ideò nondum agniti legati tranſmiſſionem per ſubſtitutionem impediri, nec enim nondum agniti legati tranſmiſſio ſpem vulgaris ſubſtitutionis extinguit, quæ & locum adhuc habere poterit, ſi à primi legatarii hærede repudiatum legatum fuerit, nam quoties antè agnitionem decedit legatarius, non ut agnitum, ſed ut agnoſcendum legatum ad hæredem tranſmittitur, cui libera agnoſcendi, vel repudiandi ſacultas eſt *l. ſi mihi 12. in princ. l. legatarius 38. l. ſi fundum 81. §. ſi Titius 6. de legat. 1. l. ſi Titio 55. de legat. 2.* juncta vulgari regula textus in *l. hæredem 60. de re judic.* Et ſi primi legatarii hæres ad ſe tranſmiſſum legatum repudiaverit, ad ſecundum legatarium ex vulgaris ſubſtitutionis cauſa repudiatum legatum pertinebit, quod & in ſuo hærede procedit, cui vulgariter parens ſubſtituit, qui ſi antè immixtionem deceſſerit, ad hæredem paternam hæreditâtem, tranſmittit, nec paternæ hæreditatis tranſmiſſio ſpem vulgaris ſubſtitutionis extinguit, quæ utilem adhuc effectum poterit Prætorio jure ſurtiri, ſi ſui hæredis hæres paterna ſe hæreditate abſtinuerit, nam ſuus hæres antè immixtionem decedens, ſicuti paternam hæreditatem, ſic & abſtinendi beneficium ad hæredem tranſmittit, ut 2. *cap. num. 6. cum duob. ſeqq.* non ſine cura fundavi. Et ſi quidem ſui hæredis hæres abſtentionis utatur beneficio, poterit ſubſtitutus bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere *dict. l. 44. de re judic.* Vulgaris igitur ſubſtitutio, nec legati, nec paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludit, nec tranſmiſſio ſpem vulgaris ſubſtitutionis infringit, quæ, ſi tranſmiſſarius hæres, vel legatum repudiaverit, vel paterna ſe abſtinuerit hæreditate, perindè ac ſi tranſmiſſio non interceſſiſſet, locum habet.

11 Verum adhuc vulgarem ſubſtitutionem in legato factam ejus tranſmiſſionem impedire, probare videtur difficilis & ignotus ad rem textus in *l. Sextiam 32. de legat. 3.* Proponit Scævola pro parte hæredem inſtitutum cui cohæres fuerit ſubſtitutus, & cui prælegatum fuit relictum antè aditam hæreditatem poſt diem legati cedentem, ſuum diem obiiſſe, & cum de prælegati tranſmiſſione quæreretur, reſpondet prælegati tranſmiſſioni locum eſſe, rationem præſtat, quia cohæres prælegatario cohæredi, non in prælegato, ſed in hæreditate fuit ſubſtitutus. Nec ideò Scævola pugnat cum Papiniano in *dict. l. 75. §. 1. de legat. 2.* Nec enim ſic accipiendus eſt, quaſi integrum legatum ad hæredem jure tranſmiſſionis pertineat, ſed quaſi juxta Papiniani diſtinctionem prælegati portiones, quæ pro cohæredum parte conſtiterunt, ad hæredem jure tranſmiſſionis pertineant, illa autem portio quam prælegatarius hæres, ſi hæreditatem adiiſſet, hæreditario jure quæſiſſet, ad ſubſtitutum cohæredem jure ſubſtitutionis ſpectet, idque ſibi voluit Scævola, dum dixit cohæredem in legatis ſubſtitutum non eſſe, ideſt in his prælegati partibus, quæ pro hæredum parte conſtiterunt, & quæ ſolæ legati jure capiuntur *l. 6. §. qui vero 6. quæſt. legator. cum ſimil.* prout hæc jura in concordiam redigit Cheſius 2. *interp. cap. 3. n. 39.* melius quam Coſta *in cap. ſi pater de teſtam. lib. 6. 3. part. verb. obliqua n. 17. cum ſeqq.* Nunc ſic; ideò juxta Scævolam *in dict. l. 32.* Prælegatum ad hæredem tranſmittitur; quia cohæres non in prælegato, ſed in hæreditate fuerit prælegatario cohæredi ſubſtitutus, ſi ergo in prælegato fuiſſet ſubſtitutus, non ad hæredem tranſmiſſionis jure, ſed ad ſubſtitutum cohæredem ſubſtitutionis jure prælegatum pertineret, ergo in legato facta vulgaris ſubſtitutio ejus tranſmiſſionem excludit, ac per conſequens & ſuo hæredi facta debet paternæ hæreditatis tranſmiſſionem excludere. Huic difficultati, quam expenſam adhuc non vidi, reſpondendum cenſeo deciſivam illam Scævolæ rationem, explicandam ſic eſſe, quaſi dicat conſultus, ideo prælegati tranſmiſſioni locum eſſe, quia prælegatario cohæredi ſub intrinſeca illa conditione, ſi hæres non fuiſſet, non in prælegato, ſed in hæreditate cohæres fuit ſubſtitutus, ex quo ſolum infertur, quod ſi ſub illa conditione non modo in hæreditate, ſed in prælegato expreſſim fuiſſet cohæres ſubſtitutus, locus prælegati tranſmiſſioni non eſſet, quam omninò excluderet ſubſtitutio propter expreſſum teſtatoris judicium, qui in caſum non acquiſitæ partis hæreditatis, tam ad prælegatum quam ad hæreditatis partem ſubſtitutum cohæredem vocaſſet; Hæc autem, quæ ex Scævolæ ſententia profluit illatio, contraria ſententiæ noſtræ non eſt, quod enim dicimus in legato factam vulgarem ſubſtitutionem ejus tranſmiſſioni non obeſſe, in ea ſubſtitutione procedit, quæ in vulgarem non agniti legati caſum concipitur, de qua nec verbum quidem apud Scævolam, non in ſubſtitutione, quæ à teſtatore fuerit in alium caſum concepta, quæ ſi quidem ille caſus extiterit, propter expreſſam teſtatoris voluntatem legati tranſmiſſionem impediet, ut apud Scævolam eveniret, ſi prælegatario hæredi ſub illa conditione: *ſi hæres non fuiſſet* tam in prælegato, quam in hæreditate fuiſſet cohæres ſubſtitutus, & prælegatarius hæres ante aditam deceſſiſſet hæreditatem, & ſic tam prælegati reſpectu, quam partis hæreditatis intuitu ſubſtitutionis caſus extitiſſet, quod ſolum ex eo textu meo judicio deſumitur.

Nec tandem obſtat quartum fundamentum deductum ex textu in *dict. l. 16. de lib. & poſt.* Ubi filius omiſſo poſthumo inſtitutus, cui nepos ex eo fuit ſubſtitutus, pendente poſthumi nativitate decedens non ex eo paternam non tranſmittit hæreditatem, quod per vulga- ſubſtitutionem extincta, ſuſpenſa vè jura ſuitatis fuerint, ſed ex eo potius, quod ſic inſtituto filio, quandiu vixit, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato deferri paterna hæreditas potuit, non ex teſtamento, quia teſtamentum hoc, quandiu filius vixit, potuit agnatione poſthumi rumpi, ex teſtamento autem quod rupturæ pe- 12

rieulo expoſitum eſt, hæreditas non defertur *dict. l 84. hoc tit.* Nec magis ah inteſtato, quia quandiu teſtamentarla ſperatur ſucceſſio, inteſtatæ ſucceſſioni locus non eſt *l. quandiu 39. hoc tit. cum ſimil.* quandiu vero filius vixit, ultimo etiam ejus vitæ momento, ex teſtamento potuit hæres exiſtere, ſcilicet, vel filius, ſi eo vivo mulier, ex quà poſthumus ſperabatur, abortum feciſſet, vel ſaltem nepos ſubſtitutus, ſi poſt mortem filii abortus factus fuiſſet, filio igitur, quandiu vixit, ab inteſtato deferri hæreditas non potuit, ac per conſequens non ideo filius apud Africanum ſuus hæres exiſtere non potuit, quia ſubſtitutio ſuitatem ademerit aut ſuſpenderit, ſed quia incertitudo nativitatis poſthumi præteriti, utriuſque ſucceſſionis tam legitimæ quam teſtamentariæ incertam cauſam conſtituit. Sed dices, adhuc ſolam vulgarem ſubſtitutionem in Africani ſerie in cauſa eſſe, ut filius nec ſuus hæres exiſtere, nec paternam potuerit hæreditatem tranſmittere, ut ex eo probari videtur, quod ſi eadem ſpecie retenta nemo filio ſubſtitutus ſit, & ſolus ipſe ſit inſtitutus, ſi quidem pendente præteriti poſthumi nativitate decedat, ultimo vitæ momento ab inteſtato patri ſuus hæres exiſtit & ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittit, ut conſultus ipſe fatur in *dict. l. 16. verſ. quod ſi nemo*, ſola igitur vulgaris ſubſtitutio in cauſa eſt, ut filium ſi quidem ſubſtitutum acceperit, pendente poſthumi nativitate decedens nec ex teſtamento nec ab inteſtato patri ſuus hæres exiſtat, nec ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittat. Reſpondendum tamen eſt, quod ubi filius omiſſo poſthumo inſtituitur, etſi nullum acceperit ſubſtitutum, propter naſcituri poſthumi ſpem, & rumpendi teſtamenti periculum ſuitas ſuſpenditur, uſquedum vel abortus factus ſit, quo caſu filius ex teſtamento ſuus hæres exiſtet, vel poſthumus in lucem editus ſit, aut inſtitutus filius pendente poſthumi nativitate decedat, quo duplici caſu filius ab inteſtato ſuus hæres exiſtet; in primo quia & rupto teſtamento per agnationem poſthumi deferri hæreditas non poteſt, in ſecundo quia ultimo, quo filius decedit inſtanti, incertum eſſe incipit ex eo teſtamento nec hæredem exritiſſe, nec exiſtere jam amplius poſſe: Ubi autem filio, qui omiſſo poſthumo fuit inſtitutus, datus ſubſtitutus eſt, ſuitas quidem æquè ſuſpenditur, non propter vulgarem ſubſtitutionem, ſed propter naſcituri poſthumi ſpem, & rumpendi teſtamenti periculum, ſuſpenſio tamen hæc, quæ ſi nullus eſſet ſubſtitutus, ultimo, quo filius pendente poſthumi nativitate decederet, inſtanti, evaneſceret extincta tunc teſtamentariæ ſucceſſionis ſpe, ut nuper dicebam, ſi quidem datus ſubſtitutus fuerit, etiam moriente filio perſeverat, cum ſpes adhuc teſtamentariæ ſucceſ-ceſſionis ſuperſit, quæ morientem filium ab inteſtato ſuum hæredem exiſtere non ſinit, & in ſumma etiam dato ſubſtituto ſuitas non propter ſubſtitutionem, ſed propter ſpem nativitas poſthumi ſuſpenditur, quæ efficit ut filius, quandiu in pendenti poſthumi nativitas ſit, ex teſtamento exiſtere ſuus hæres non poſſit, teſtamentariæ tamen ſucceſſionis ſpes, quæ etiam moriente filio ex vulgari ſubſtitutione dimanat, in cauſa eſt, ut filius pendente poſthumi nativitate decedens ab inteſtato ſuus hæres non exiſtat, quod & ipſum cohæredis adjectio in ciſdem terminis operaretur ut docet Africanus in *dict. l. 16.* qui ad hoc ut filius pendente poſthumi nativitate decedens ab inteſtato ſuus hæres exiſtat, non modo datum ſubſtitutum non eſſe, verum & filium ſolum, ſeu quod idem eſt ex aſſe inſtitutum eſſe requiri ut dixi *cap. 2. n. 14. cum duob. ſeqq.* Ubi expoſui difficilem textum, qui cum Africano pugnare videbatur in *dict. l. 84. hoc tit.* Tradit hanc interpretationem ſubtiliſſimus Faber *de errorib. dec. 32. error. 8. per tot.*

13 Circa extraneos denique hæredes, illa ſuccedit inſpectio, utrum ſcilicet tranſmiſſiones novis Theodoſiii & Juſtiniani conſtitutionibus introductas, quas integro ſuperiori capite explicatas relinquimus, vulgaris impediat ſubſtitutio? Ponamus liberos uſque ad tertium gradum in ſacris paternis non exiſtentes à parentibus hæredes ſcriptos vulgarem ſubſtitutum accepiſſe, & antè apertas teſtamenti tabulas, & hæreditatis aditionem deſcendentibus hæredibus relictis deceſſiſſe, quæritur utrum quæ non dato ſubſtituto citra controverſiam ex potentia ſanguinis locum haberet ex Theodoſiana conſtitutione tranſmiſſio per vulgarem ſubſtitutionem ſubmoveatur? Ponamus ſimiliter extrancos quoslibet hæredes inſtitutos intra tempus deliberandi, quibus vulgariter fuerit ſubſtitutum, poſtquam ſe noverint inſtitutos intra tempus deliberandi ante aditam hæreditatem decedere, quæſtionis eſt an, quæ ſubſtitutus ſi datus, non eſſet, dubio procul locum haberet ex Juſtiniani conſtitutione, juris deliberandi tranſmiſſio propter vulgarem impediatur ſubſtitutionem? In quare ex interpretibus plerique, quos refert & ſequitur Vela *differt. 11. n. 101. & 111.* indefinite pro tranſmiſtario hærede contra ſubſtitutum reſpondent, ſeu quod idem eſt, hujuſmodi tranſmiſſiones per vulgarem ſubſtitutionem non impediri arbitrantur; alii, quos refert & ſequitur Caſtillo *dict. lib. 3. controv. cap. 13. ex num. 14.* Salgado in *Labyrint. 2. part. 25. n. 105. cum ſeq.* indefinitè pro ſubſtituto contra tranſmiſſarium hæredem reſpondent, ſeu hujuſmodi tranſmiſſiones per vulgarem ſubſtitutionem ſubmoveri opinantur, alii deniquè jus tranſmiſſionis, quod propter ſanguinis vinculum Theodoſiana introduxit conſtitutio, potentius eſſe ſubſtitutionis jure, ex contrario vero deliberandi tranſmiſſionem per vulgarem ſubſtitutionem excludi contendunt, ita poſt Politum & Zaſium relatos à Caſtillo *dict. cap. 13. n. 23.* tenent Antonius Faber *de errorib. dec. 34. error. 4. & error. 7. cum ſeq.* & noſter Pichard. *in lect. ad tit. de vulgar. cap. 11. ex n. 21.* In tanta interpretum varietate, quæ indefinitè ſubſtituti cauſam adverſus tranſmiſſarium hæredem fovet, ſive novas hujuſmodi tranſmiſſiones per vulgarem aſſerit ſubſtitutionem excludi, ſententia placet, quæ ut verum fateatur, in univerſo jure nullum pro ſe expreſſum teſtimonium habet, textus enim qui in ejus confirmationem adduci vulgò ſolet in *l. ult. verſ. ſin autem caſualis C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſtit.* ad nullam tranſmiſſionis ſpeciem pertinet, quamvis ex eo, ut poſtea videbimus, deciſiva noſtræ ſententiæ ratio roboretur. Extat ibi nova quædam, & à juris regulis nimium exorbitans Juſtiniani conſtitutio, qua cautum eſt, ut ſi ſervus purè hæres inſtitutus; & ſub conditione liber eſſe juſſus, cum poteſtativa conditio fuerit, eam implere neglexerit, & libertatem &

ſimul hæreditatem amittat, ſin autem caſualis conditio fuerit, & ex fortunæ inſidiis defecerit, libertas ſervo quidem competat, hæreditas autem ſi ſolvendo ſit, ad eos perveniat, qui ex lege vocantur, ſi non aliquis fuerit ſubſtitutus, in qua ſane hypotheſi nullus eſt tranſmiſſarius hæres, cum quo ſubſtitutus congrediatur, nam ſervo in primo gradu inſtituto hæreditas delata non fuit, & ſic tractari de tranſmiſſario hærede non potuit, nec quod Juſtinianus vulgarem ſubſtitutum eis præferendum ſcribit, qui ex lege vocantur, ad tranſmiſſarium hæredem, ſed ad legitimos potius ſucceſſores eſt ferendum.

14 Sed nec magis ſententiam noſtram firmat, quæ à nonullis ad rem expenditur altera Juſtiniani Sanctio in *l. ult. C. de edicto D. Adriani toll.* quâ inductum eſt, ut ſi inſtitutus, vel ſubſtitutus qui ſe in hæreditariorum bonorum poſſeſſionem mitti deſideravit, teſtamentum protulerit, quod ſub exteriori ſolemnitatum forma nullum in ſe vitium contineat, & in quo ſe inſtitutum, vel ſubſtitutum oſtendat, ſtatim in poſſeſſionem mittatur, ex qua deciſione inferri ſolet, quod vulgaris ſubſtitutus, ſi quidem, cum tranſmiſſario hærede contendat indiſtinctè in hæreditariorum bonorum poſſeſſionem mittendus eſt, cum proferre teſtamentum poſſit extrinſecum nullum vitium in ſe continens, & ſe in eo ſubſtitutum oſtendere. Facilè tamen reſpondebunt adverſarii, tum demum eum qui legitimum formatum teſtamentum, & in eo ſe ſubſtitutum, vel inſtitutum oſtenderit, confeſtim mitti in hæreditariarum rerum poſſeſſionem debere, ſi ab altero controverſia mota non fuerit, ſi verò legitimus aliquis contradictor exiſtat, exactiori diſceptatione in aliud tempus dilata controverſiam ſummariè diſcutiendam, & eum ex litigatoribus in poſſeſſionem mitti oportere, qui potiora jura ex legitimis modis oſtenderit, ut cavetur in *dict. l. 3.* quam latè exornat Caſtillo *dict. lib. 3. controverſ. cap. 24. per tot.* Et indè deducent, quod ſi inter tranſmiſſarium hæredem & vulgarem ſubſtitutum ſuborta ſit controverſia, ſi quidem tranſmiſſarius ejus defuncti, de cujus hæreditate tractetur, teſtamentum, protulerit, & incontinenti jus adeundi ad ſe tranſmiſſum oſtenderit, in poſſeſſionem mittendus erit, ſi verò tranſmiſſarius ad ſe tranſmiſſum jus adeundi incontinenti probare non potuerit, veluti ſi tranſmiſſionis probatio altiorem & prolixiorem indaginem expoſcat, vincet quidem in ſummario poſſeſſorio judicio ſubſtitutus, momentanea tamen hæc victoria in plenario petitionis hæreditatis judicio revocabitur, ſi in ejus progreſſu tranſmiſſarius ad ſe jus adeundi tranſmiſſum legitimis probationibus oſtenderit argumento textus in *l. 1. §. ſi quidem 2. verſ. redigit Quod legator.*

15 Verum juris teſtimoniis deſtituta efficacibus, rationibus ſententia noſtra probatur: exiſtente caſu ſubſtitutionis non poteſt, non ſubſtitutus admitti, ſed hoc ipſo quod hæres primo gradu inſtitutus antè aditam decedit hæreditatem, ultimo ejus vitæ momento caſus ſubſtitutionis exiſtit, ergo confeſtim hæreditas ſubſtituto defertur, & jus tranſmiſſionis excluditur. Minor probatur: in eum caſum vulgaris ſubſtitutus vocatur, quo inſtitutus hæres non fuerit, aut quod idem eſt, eſſe hæres noluerit, aut non potuerit, ſed ubi inſtitutus antè aditam hæreditatem decedit, ultimo ejus vitæ momento, certum eſſe incipit, quod nec hæres extitit, nec exiſtere jam amplius poteſt, cum extremo vitæ inſtanti adiri hæreditas non poſſit, ut *ex leg. ult. quand. dies leg. ced.* dicebam *num.* 4. & probat præterea textus in *l. ab omnibus* 104. §. *quidam 6. de legat.* 1. ergò ultimo quo inſtitutus hæres antè aditam decedit hæreditatem, momento caſus ſubſtitutionis exiſtit, & jus tranſmiſſionis excluditur. Rurſus tranſmiſſarius hæres ſolius legis diſpoſitionem pro ſe habet, non voluntatem teſtatoris, quæ circa ipſum, tanquam incertam omninò perſonam non dirigitur, *l. ſciendum 70. de verb. ſignif.* vulgaris autem ſubſtitutus non modo legis diſpoſitionem, verum & expreſſum pro ſe teſtantis judicium habet *l. lege obvenire 130. eod. tit.* potentius igitur eſt jus ſubſtitutionis, quam jus tranſmiſſionis. Patet conſequentia, tum quia ut vulgo dicitur, & verum eſt, proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis *l. maritus 21. C. de procurator. cum vulgat.* tum quia vulgaris ſubſtitutio, tanquam ex teſtatoris judicio, & ex legis ſimul diſpoſitione dimanans, ſicuti legitimos ſucceſſores qui ex ſola lege vocantur, ſubmovet *dict. l. ult. verſ. ſin autem caſualis C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſtit.* ſic & accreſcendi jus, quod ſola legis poteſtate fulcitur, excludit *l. 2. §. ſi ideo 8. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* ergò & tranſmiſſionis jus quod ex ſolo imperialis clementiæ beneficio proficiſcitur, debet per vulgarem ſubſtitutionem excludi. Nec reſpondeat aliquis quod tranſmiſſarius hæres permiſſiva ſaltem, ſed certa & deſtinata teſtatoris voluntate adjuvatur, ſubſtitutus verò expreſſa quidem, ſed vaga, & quaſi tentabunda dumtaxat voluntate fulcitur, cum vulgaris ſubſtitutio non tam ex benevolentia erga ſubſtitutum, quam ex teſtatoris timore proficiſcatur ex *dictis num.* 7. & idcircò ſubſtituto tranſmiſſarius hæres præfertur. Nam hæc evaſio ex eo non difficulter refellitur, quod expreſſa teſtatoris voluntas, qua ſubſtitutus adjuvatur, quamvis dum pendet caſus ſubſtitutionis vaga, & quaſi tentabunda dici poſſit, poſtquam ſubſtitutionis caſus extiterit, certa omninò & deſtinata erga ſubſtitutum eſſe incipit, qui ut potè expreſſo, certo, & diſpoſitivo teſtatoris judicio ſuffultus tranſmiſſario debet hæredi præferri, qui exiſtente caſu ſubſtitutionis, ne permiſſivam quidem pro ſe teſtatoris obtinet voluntatem, ut ex eo convincenter ſuadetur, quod vel teſtator dum vulgarem ſubſtitutionem concepit, de tranſmiſſario hærede cogitavit, & tunc cum in eum caſum, quo inſtitutus hæres non fuiſſet, ſubſtitutum vocarit, eum exiſtente caſu ſubſtitutionis tranſmiſſario hæredi præferri voluiſſe dignoſcitur, alioquin ſolum in inſtituti & tranſmiſſarii hæredis defectum ſubſtitutum vocaſſet, aut concipiendæ ſubſtitutionis tempore de tranſmiſſario hærede non cogitavit, & tunc tranſmiſſarius hæres, qui nec expreſſa, nec tacita, nec diſpoſitiva, nec permiſſiva teſtatoris nititur voluntate, poſtponendus ſine dubio erit vulgari ſubſtituto, qui in exiſtentem caſum ſubſtitutionis expreſſum & diſpoſitivum pro ſe teſtatoris judicium habet, prout Faber ratiocinatur *dict. decad. 34. error. 7. num. 15.*

Supereſt

16 Supereſt jam, ut quas adverſarii excogitarunt objectiones, diluamus. Et quidem qui indefinitè novas tranſmiſſionis ſpecies per vulgarem ſubſtitutionem excludi non poſſe arbitrantur primò ſic arguunt: prius eſt, ut exiſtat caſus ſubſtitutionis, quam ut ſubſtitutus ad hæreditatem vocetur; ſed ubi primo gradu inſtitutus tranſmiſſario hærede relicto antè aditam decedit hæreditatem, nondum exiſtit caſus ſubſtitutionis, debet igitur tranſmiſſarius hæres vulgari ſubſtituto præferri. Minorem, ſic probant: toties ſubſtitutionis caſus exiſtit, quoties primo gradu inſtitutus, nec ſeipſum, nec quempiam alium ſua mediante perſona hæredem fecerit *l. paterfamilias 40. de hæred. inſtit. l. 3. C. eod. tit. §. ult. inſtit. de vulgari*, ſed quoties primo gradu ſcriptus hæres antè aditionem decedens ſeipſum hæredem non fecerit, hæredem tamen ſuum ſua mediante perſona primi teſtatoris facit hæredem, ad quem vel ex Theodoſiano, vel Juſtinianeo beneficio jus adeundæ hæreditatis ſibi ſuperſtiti antea delatæ tranſmittit, ergo ubi primo gradu inſtitutus tranſmiſſario hærede relicto antè aditam decedit hæreditatem, nondum caſus ſubſtitutionis exiſtit, imò quemadmodum inſtitutus ſi ſuperſtes eſſet, ſubſtituto ſine dubio præferendus eſſet, ſic & tranſmiſſarius hæres, qui in inſtituti locum ſubrogatur, & in ejus jura ſuccedit, debet ſubſtituto præferri. Secundò & fortius quidem ſic inſurgunt: ſi minor viginti quinque annis hæres inſtitutus, cui vulgaris datus fuerit, juvenili levitate ductus repudiaverit, & deceſſerit, ejus hæres ex defuncti perſona poteſt in integrum reſtitutionis auxilium impetrare; & ſi quidem omnia ſint in integro, impetrata reſtitutione vulgari ſubſtituto præfertur expreſſus textus in *l. quod ſi minor 24. §. Scævolam 2. in fin. de minorib.* ergo & tranſmiſſarius hæres debet ex defuncti perſona vulgari ſubſtituto præferri. Conſequentiam ſic probant: ſicuti exorbitans à juris regulis eſt in tranſmiſſionis novis conſtitutionibus inductum, ſic & reſtitutionis beneficium maximè contra ſubſtitutum, qui in caſum repudiationis ex expreſſo teſtatoris judicio ad hæreditatem vocatur, & tamen etiam poſt repudiatam hæreditatem in integrum reſtitutionis beneficium ad minoris hæredem transfertur, qui poſt illud impetratum vulgarem ſubſtitutum excludit, ergo fortiori ratione tranſmiſſarius hæres, ad quem jus adeundi à defuncto nunquam repudiatum transfertur, debet vulgari ſubſtituto præferri. Expendunt tertiò textum, quo tota machina nititur in *l. un. §. cum autem 13. C. de caduc.* ubi poſtquam dixit Juſtinianus non aditam hæreditatem minimè, niſi à quibuſdam perſonis ad hæredes poſſe tranſmitti, neceſſum eſſe concludit, hæreditatem ſi quidem adita ab inſtituto non fuerit, ad vulgarem ſubſtitutum pervenire. Sentit igitur tranſmiſſarium hæredem vulgari ſubſtituto præferri, & tum demum caſum ſubſtitutionis exiſtere, cum inſtitutus nullo relicto tranſmiſſario hærede antè aditam hæreditatem decedit. Quartò & ultimò inducunt textus in *dict. l. un. C. de his qui antè apert. tab.* ubi decernit Theodoſius liberos uſque ad tertium gradum in poteſtate non exiſtentes à parentibus hæredes ſcriptos, licèt non ſint invicem ſubſtituti, antè apertus tabulas, & aditionem hæreditatis decedentes ad liberos jus adeundi hæreditatis tranſmittere, ergo vulgaris ſubſtitutio jus tranſmiſſionis ex Theodoſiana conſtitutione deſcendens non excludit, cum liberi ſint invicem ſubſtituti, facilius juxta Theodoſium jus adeundæ hæreditatis tranſmittatur, implicativa enim dictio illa *licet*, faciliorem facta videlicet ſubſtitutionis caſum complectitur. Potuiſſent prætereà expendere ignotum ad rem textum in *dict. l. 84. hoc tit.* ubi ſi filius ſivè ſuus, ſivè emancipatus ſit præterito poſthumo inſtitutus, & vulgarem acceperit ſubſtitutum [quod neceſſario ſupponendum eſſe animadverti *cap. 2. num. 15.*] ſi quidem adhuc pendente poſthumi nativitate antè petitam decretalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ejus hæredi, excluſo ſubſtituto, ſalvum eſt decretalis bonorum poſſeſſionis beneficium, ſi ergo tranſmiſſarius hæres qui ex prætoria dumtaxat æquitate ad decretalem bonorum poſſeſſionem vocatur, vulgarem ſubſtitutum excludit, urgentiori ratione tranſmiſſarius hæres qui ex imperiali beneficio ad hæreditatem vocatur, debet vulgari ſubſtituto præferri.

17 His objectionibus ut ſatisfaciam, primæ reſpondeo, verum quidem eſſe ita demum caſum vulgaris ſubſtitutionis exiſtere, ſi primo gradu inſtitutus, nec ſibi hæreditatem acquiſierit, nec alterum mutata conditione hæredem fecerit *dict. l. 40. de hæred. inſtit. cum ſimili*, ex eo tamen potius inferri, quod ſi primo gradu inſtitutus antè aditam decedat hæreditatem, ultimo ejus vitæ momento caſus vulgaris ſubſtitutionis exiſtit, quiſquis enim antè aditionem deceſſit, nec ſibi hæreditatem acquiſivit, nec alterum tranſmiſſarium ſcilicèt mutata conditione hæredem fecit, cum nec ultimo vitæ momento tranſmiſſarium hæredem habere dici poſſit, quia viventis hæres, non magis quam hæreditas eſt *l. 1. de hæred. vel act. vend.* nec jam mortuus, cum in rerum natura non ſit, tranſmiſſarium hæredem poſſit efficere, ut conſiderant Anton. Faber *dict. dec. 34. error. 5. num. 5. cum ſeqq.* & Pichardus in *lect. ad tit. de vulg. cap. 11. num. 57.* Accedit quod quoties novæ conſtitutiones tranſmiſſioni locum faciunt, qui antè aditam decedit hæreditatem, tranſmiſſarium hæredem primi teſtatoris non facit, ſed ſola conſtitutionum poteſtas jus adeundæ prioris hæreditatis tranſmiſſario hæredi elargitur. Cum ergo primo gradu inſtitutus antè aditionem decedens, nec ſeipſum, nec alium mutata conditione hæredem fecerit, ultimo ejus vitæ momento caſus ſubſtitutionis exiſtit, quæ tranſmiſſarium hæredem ſubmovet, qui idcircò, quoad prioris hæreditatis cauſam in inſtituti locum ſubrogatus dici non poteſt. Secundæ objectioni omiſſo Fabro *dict. dec. 34. error. 8. per tot.* Reſpondendum eſt, quod minori viginti quinque annis primo gradu hæredi inſtituto, qui propter inconſultam ætatis facilitatem ſibi delatam hæreditatem repudiavit, in integrum reſtitutionis competit beneficium, ad hoc ut repudiatam adeat hæreditatem *l. ait Prætor 7. §. hodie 6. & §. reſtitutus 9. de minor. l. 1. & 2. C. ſi ut omiſſ. hæred.* quia tanquam in minoris bonis exiſtens ad ejus hæredem transfertur ex regula textus in *l. non ſolum 8. de in integ. reſtit. l. minor 18. §. ult. cum leg. ſeq. de minor.* &

quemadmodum minor ipſe impetrata reſtitutione vulgari ſubſtituto præferretur *dict. l.* 24. §. 2. *in princ. eod. tit.* quia iu ituegrum reſtitutio omnia in priſtinum ſtatum reponit *dict. l.* 24. §. *reſtitutio* 4. ſic & ejus hæres, ex quo reſtitutionem ex defuncti perſona meruerit, vulgari ſubſtituto præfertur, nam in integrum reſtitutionis tranſmiſſio, ſicuti & cujuslibet alterius rei in patrimonio exiſtentis, ex communi jure proficiſcitur; jus autem adeundi, aut deliberandi etiam inſpectis Theodoſui & Juſtiniani conſtitutionibus in bonis non eſt, ut dixi *ſuperiori capite num. ult.* Nec communi jure, ſed privilegiario & exorbitanti, ſola videlicet conſtitutionum poteſtate ad hæredem transfertur, nec tranſmiſſarius hæres qui ex ſola lege vocatur, poteſt vulgarem ſubſtitutum, qui expreſſo teſtatoris judicio nititur, ſubmovere; hæc ipſa ſolutio ſic clarius explicatur: hæres minoris, qui hæreditatem repudiavit quoad petendam reſtitutionem, quæ in bonis minoris eſſe cæpit, in ejus locum ſubrogatur, & poſt ipſam impetratam ex defuncti perſona vulgarem ſubſtitutum excludit, tranſmiſſarius autem hæres quoad jus prioris teſtatoris hæreditaeem adeundi, aut circa ipſam deliberandi, quod in inſtituti bonis non fuit, nec in ejus locum ſubrògari, nec ex ejus perſona poteſt vulgarem ſubſtitutum excludere.

18 Nec noſtræ ſententiæ obloquitur pro tertia objectione textus in *dict. l. un.* §. 13. *C. caducis*, ubi nihil minus agit Juſtinianus, quam ut inter tranſmiſſarium & vulgarem ſubſtitutum controverſiam ditimat, ut ex ejus ſerie conſtabit. Caducorum materiam adeo ex ejus legis initio Imperator abrogaverat, ut videri forſan poſſet nullo unquam caſu poſt novam illam conſtitutionem hæreditates ad fiſcum pertinere. Verum quia aliquo ſaltem caſu etiam novo illo jure attentu, poteſt fiſcus hæreditates vindicare, ut eum Juſtinianus demonſtret, non aditam hæreditarem minimè, niſi à quibuſdam perſonis ad defuncti hæredes tranſmitti poſſe præfatur, poſtea neceſſum eſſe aſſerit, quod ſi ex aſſe inſtitutus hæres non adierit, ſi quidem ſubſtitutus datus fuerit, ad eum ſi voluerit & potuerit, quod ſi aut datus ſubſtitutus non fuerit, aut datus qualibet ratione non adierit ad legitimos ſucceſſores, etſi legitimi ſucceſſores vel nulli ſint, vel non adierint, hæreditas ad fiſcum perveniat. In hujuſce autem Juſtinianeæ deciſionis terminis, nullus adeſt tranſmiſſionis, & vulgaris ſubſtitutionis conflictus, quod enim initio non aditam hæreditatem à quibuſdam perſoois ad hæredes tranſmitti, Juſtinianus ſcribit, exaudiendum ſic eſt, ſi vulgaris ſubſtitutus non fuerit, quod verò poſtea in caſu non aditæ ab inſtituto hæreditatis vulgari ſubſtituto locum eſſe, ſubjungit, quamvis etiam in Theodoſianæ & Juſtinianeæ conſtitutionis terminis verum ſit ex jam dictis, & ad eos à Caſtillo referatur *dict. lib. 3. controverſ. cap.* 13. *num.* 11. qui idcircò ex eo textu noſtram potius firmari ſententiam aſſeverat, ſi ex bona fide cenſendum eſt, ad noſtram non pertinet inſpectionem, nam dum ſubſtituto locum fecit, tranſmiſſarii hæredis non meminit Imperator qui totus in eo fuit, ut oſtenderet, tum demum fiſco locum eſſe, cum nec à teſtamentariis, nec à legitimis hæredibus adita hæreditas fuerit, nec verba illa niſi à quibuſdam perſonis quaſi per parentheſin interjecta, debent eum his quæ in eodem §. ſequuntur conjungi; ut advertit Anton. Fab. *dict. dec.* 34. *error.* 7. *num.* 4. *cum duobus ſeqq.* Nec magis obſtat adductus pro quarta objectione textus in *dict. l. un. verſ. licet non ſint invicem ſubſtituti C. de his qui ante apert. tab.* Illa enim verba referri ad reciprocam inter inſtitutos liberos factam ſubſtitutionem non poſſunt, quia implicativa illa dictio *licet* dubitabiliorem caſum decidit, & minus dubitabilem contrarium, quem implicat, caſum ſignificat *l. licet gratis 6. naut. caup. l. penult. quemadmodum ſervit. amitt. cum aliis innumeris*; Profecto verò ſi ad reciprocam inter liberos factam ſubſtitutionem, verba illa pertinerent faciliorem eſſe facta ſubſtitutione, quam ſi ſubſtitutus datus non fuiſſet denotarent, quod nec tentare quidem audebunt adverſarii, cum in caſum non factæ ſubſtitutionis, expeditum, indubitabileque jus tranſmiſſionis ſit, facta autem ſubſtitutione etiam in eorum opinione ſub lite adhuc ſit. Referenda itaqne potius ad tranſmittentium deſcendentes ſunt, ut ſenſus ſit in ejus conſtitutionis terminis ad deſcendentes jus adeundæ hæreditatis tranſmitti, licet ipſi parentibus invicem non ſint ſubſtituti, ideſt non mutuo aut reciprocè, ſed in vicem, ſeu defectum parentum ſubſtitui, nam ſi parentibus fuerint ſubſtituti; eis ante apertas tabulas & aditionem decedentibus, exiſtente caſu ſubſtitutionis Theodoſiano beneficio in ſuper habito, communi jure eirta dubium jus adeundæ hæreditatis obtinerent ex cauſa ſubſtitutionis, prout in hac re veritatem agnoſcentes, eum textum, vel ex adverſariis præcipui interpretantur Antonius Gomez. 1. *var. cap.* 9. Fachin. 4. *Controverſ. cap.* 62. *in fine* Vela *diſſert.* 11. *n.* 99. *cum ſeqq.*

Denique nec noſtram ſententiam remoratur, 19
quamvis difficilior videri poſſit, perpenſus pro ultima objectione textus in *dict. l.* 84. *hoc tit.* Nam etſi nullum habeam, quem ſequar, dicendum exiſtimo, quod in ejus ſerie ponendnm quidem neceſſario eſt, inſtituto filio ſive ſuo, ſive emancipato datum cohæredem, aut vulgarem ſubſtitutum fuiſſe, ex his quæ ut cum Africano in *dict. l.* 16. *de liber. & poſthumis* hunc Papiniani textum conciliarem, dixi *cap.* 2. *n.* 15. Ita tamen ut quod Papinianus ſcribit, inſtitutum filium, qui ſuitatis juribus gaudet, pendente poſthumi nativitare decedente, jure civiii oec ex teſtamento, nec ab inteſtato ſuum hæredem exiſtere, nec ad hæredem paternam hæreditatem tranſmittere, ita procedat, ſi datus cohæres, aut vulgaris ſubſtitutus fuerit ex dictis *num.* 12. Et ſimiliter quod poſtea ſubjicit, ſic inſtituto filio decretalem bonorum poſſeſſionem à Prætore decerni, æque verum eſt, ſi vulgaris ſubſtitutus, ac ſi cohæres datus ipſi fuerit. Quod vero ex eo textu colligitur, & expreſſius traditur in *l. ſed etſi* 5. §. *ult. juncta l. præced. de bon. poſſeſ. cont. tab.* quod etſi filius omiſſo poſthumo inſtitutus pendente adhuc poſthumi nativitate ante petitam decretalem bonorum poſſeſſionem deceſſerit, ejus hæredi ſalvum bonorum poſſeſſionis commodum eſt, ad dari cohæredis terminos reſtringatur, nec ad caſum factæ ſubſtitu-

tionis extendatur, Cum enim in textus littera nec cohæres,nec ſubſtitutus datus ponatur,id dútaxat ſupplete opus eſt,quod habiles terminos efficiat, ut ſic integra utriuſque textus ſententia hæc ſit, filius omnino poſthumo inſtitutus, cui cohæres aut vulgaris datus ſubſtitutus fuerit, interim dum poſthumi nativitas pendet, quamvis civili jure nec ex teſtamento, nec ab inteſtato ad paternam ſucceſſionem vocetur, decretalem poteſt bonorum poſſeſſionem accipere, eamque ſemel acceptam etiam pendente poſthumi nativitate decedens ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittere. At ſi pendente poſthumi nativitate ante petitam bonorum dectetalem poſſeſſionem deceſſerit, ſi quidem cohæredem habuerit, ejus hæredi bonorum poſſeſſionis competit beneficium, ſin autem vulgarem ſubſtitutum acceperit, ejus hæredi bonorum poſſeſſio denegatur, & caſus ſubſtitutionis exiſtit. Cujus differentiæ ratio ex noſtris principiis naſcitur, cohæres ſola legis poteſtate juvatur,ſubſtitutus & teſtatoris & legis ſimul diſpoſitione ſubnititur, facilius igitur tranſmiſſarius hæres, qui ex Prætoria æquitate ad decretalem bonorum poſſeſſionem vocatur, cohæredem, quam vulgarem ſubſtirutum excludit *ex dict.n.* 16. Hoc ipſum in ttanſmiſſibilibus tranſmiſſionibus ex novis conſtitutionibus deſcendentibus contingere cernimus, quæ ex eadem ratione per cohæredis adjectioοem non impediuntur, ut expreſsè probat textus in *dict. l. nnica verſ. ſeu cum extraneis C. de his qui antè apert. tab.* per vulgarem autem ſubſtitutionem excluduntur.

20 Verum adhuc in ruto non ſumus, qoi enim jus tranſmiſſionis propter ſanguinis vinculum Theodoſiana conſtitutione introductum jure ſubſtitutionis potentius eſſe aſſeverant, eam opinionem ſic fundant: jus tranſmiſſionis quod ex ſuitatis poteſtate dimanat,ut vidimos *ex num.* t. vulgari ſubſtitutioni præfertur, ergo & tranſmiſſionis jus ex Theodoſiana conſtitutione deſcendens debet vulgari ſubſtitutioni præferri. Conſequentium ſι probant, quia ſuus hæres ipſo jute paternam hæreditatem acquirit, & eam tanquam jam quæſitam tranſmittit, tranſmiſſarius ejus hæres vulgari ſubſtituto præfertur, ſed liberi de quibus Theodoſiana loquitur conſtitutio, ipſo jure paternam vel maternam hæreditatem acquirunt, eamque ad poſteros tanquam acquiſitam tranſmittunt, ergo tranſmiſſarii eorum hæredes debent vulgari ſubſtituto præferri, Minorem probant ex littera textus in *dict. l. un. C. de his qui ante apert. ſub.* tam in illis verbis: *derelictam ſibi hæreditariam portionem poſſe tranſmittere*, quibus & illa rubricæ correſpoudent, hæreditatem tranſmittunt, quæ jam acquiſitam hæreditatem ſignificant, alioquin non hæreditas ipſa, aut hæreditatis portio, ſed adeundi jus tranſmitti diceretur, prout de tranſmiſſione juris deliberandi loquirur Juſtinianus in *dict.l.* 19. *C. de jur. delib.* tam in verbo illo *vindicare* nec enim tranſmiſſarii hæredes poſſunt hæreditatem vindicare, quæ ad eos tanquam acquiſita, tranſmiſſa non fuiſſet, nam id dumtaxat vindicatur quod proprium eſt *l. in rem actio* 23. *de rei vindic. l. Quintus mutius* 27. *§. argento.* 2. *de aur. & argent. leg.* tam denique in illis verbis: *ſi tamen hæreditatem non recuſant*, nam ea dumtaxat hæreditas recuſari dicitur quæ acquiſita jam eſt *l. ſi filius* 12. *de vulgar.* quæ vero acquiſita nondum eſt, non recuſatur, ſed repudiatur, cum ergo tranſmiſſarii hæredes de quibus Theodoſius ad ſe tranſmiſſam, quam omittunt, hæreditatem recuſare, non repudiare dicantur, hæreditas Theodoſianæ conſtitutionis poteſtate tanquam jam acquiſita tranſmittitur, ac proinde jus tranſmiſſionis ex ea conſtitutione dimanaus, ad ejus inſtar, quod ex ſuitatis poteſtate proficiſcitur, debet vulgari ſubſtitutioni præferri.

Pro cujus difficultatis ſolutione dicendum eſt liberos de quibus Theodoſiana loquitur conſtitutio,non quidem hæreditatem tanquam acquiſitam, ſed ejus ſolum adeundæ jus ad deſcendentes hæredes tranſmittere, & ſic hujuſmodi tranſmiſſionem ad inſtar juris deliberandi tranſmiſſionis per vulgarem ſubſtitutionem excludi. Nec contrarium probat textus in *dict. l. un. C. de his qui ante apert. tab.* Cujus verba illa *hæreditatem* & *hæreditariam portionem* nihil aliud quam jus adeundi & ſuccedendi, ſeu hæreditatem acquirendi ſignificant, nec id mirum videatur, cum Juſtinianus ipſe,qui de juris deliberandi tranſmiſſione pertractans, non hæreditatem ſed jus adeundi, & ſuccedendi tranſmitti propriè dixit in *dict. l.* 19. *C. de jur. delib.* dum de duabus hiſce tranſmiſſionibus, quæ ex potentia ſanguinis, & capitis juris deliberandi oriri vulgo dicuntur, ſermonem inſtitueret, in earum conſtitutionum terminis ſcripſit hæreditatem tranſmitti in *dict. l. un. §. in noviſſimo* 5. *verſ. exceptis & §. cum autem* 13. *in princ. C. de caduc.* Quibus in locis hæreditatis nomine nihil aliud quam jus adeundi & ſuccedendi denotari, vel ipſos adverſarios fateri neceſſum eſt, cum in eorum etiam ſententia quoties de juris deliberandi tranſmiſſione tractatur, non hæreditas,ſed ejus ſolum adeundi jus propriè & rigoroſè tranſmitti dicatur;cum ergo de utraque tranſmiſſione indiſtinctè Juſtinianus loquatur quoad utramque hæreditam ſolum jus adeundi & ſuccedendi denotavit, qoo etiam ſenſu accipiendus Theodoſius eſt. Nec magis verbum illud *vindicare* qood & ſi propriè, ſtrictèque ſumatur contrariæ opinioni non favet, cum tranſmiſſatii ſicuti & quilibet ubi ſemel adierint, petitionis hæreditatis judicio poſſunt hæreditatem vindicare *l.* 1. *& per tot. tit. Digeſt. & C. de petit. hæred.* Ex eo autem quod tranſmiſſario hæredi,poſtquam adierit,hæreditatis petitio ſeu vindicatio competat, non infertur quod ad eum tanquam acquiſita tranſmiſſa hæreditas fuerit. Nec quod tranſmiſſarii in *dict. l. un.* hæreditatem ſibi debitam vindicare dicuntur, aliquam contradictionem iuvolvit:nam paterna vel materna hæreditas, ex quo liberis defertur, ante aditionem ipſis quaſi debita natutali jure cenſetur *l. nam & ſi* 15. *de inoff. teſtam. l. ſcripto* 7. *§.* 1. *ſi tab. teſtam. null. ex tab. l. cum ratio* 7. *in prin. de bon. damn.* & à tranſmiſſariis deſcendentibus tanquam ex delationis tempore debita, poſt aditionem petitionis hæreditatis judicio vindicatur. Nec tandem refragantur verba illa: *ſi tamen hæreditatem non recuſant*, quia & non acquiſita hæreditas ſæpè dicitur recuſari, ut in extraneis hæredibus videre eſt, qui hæreditatem, quam antè aditionem non acquirunt,recuſare dicuntur in *l. recuſare* 6. *in princ. l. ſervo invito* 65. *§. ſi pupillo* 3. 21

verſ. ſi autem cum aliis ad Trebell. §. ſed quia hæreditas 5. cum duobus ſeqq. inſtit. de fideic. libert. & hæreditatem recuſare ſive de ſuo, ſive de extraneo hærede loqüamur, proprie nec ſe abſtinere nec repudiare eſt, ſed ſe non immiſcere, aut non adire, inter quæ duo multum intereſſe conſtat ex his, quæ tradidit Cujacius *lib. 20. quaſt. Papin. in l. Imperator 70. de legat.* 2. Ex eo igitur quod decernit Theodoſius tranſmiſſarios deſcendentes, ſi quidem hæreditatem non recuſent, çam vindicare poſſe, ſine ratione deducitur, quod hæreditas ejus conſtitutionis poteſtate tanquam jam acquiſita tranſmittitur.

22 Unde & ſi tranſmiſſarius ſui hæredis hæres ad quem paterna hæreditas jam acquiſita tranſmittitur, vulgari ſubſtituto præferatur, tranſmiſſarii tamen deſcendentes, ad quos ſolum adeundæ hæreditatis jus ex Theodoſiana conſtitutione transfertur à vulgari ſubſtituto excluduntur. Illud nimirum inter tranſmiſſionem ex poteſtate ſuitatis dimanantem, & reliquas tranſmiſſionis ſpecies intereſt, quod tranſmiſſarius ſui hæredis hæres etiam quoad paternam hæreditatem, quæ in eum jam acquiſita transfertur, ſuo hæredi proximè & immediatè hæres exiſtit, quamvis mediatè & remotè patris etiam hæres eſſe dicatur ex regula textus in *l. ult. C. de hæred. inſtit. cum ſimil.* Cæteri autem tranſmiſſarii quoad priorem hæreditatem, cujus adeundæ ſolum jus ad ipſos tranſmittitur, poſt ejus aditionem priori dumtaxat defuncto, non etiam tranſmittenti hæredes exiſtunt, nam cum tranſmittens needum ſuperſtes fuit, eam hæreditatem adierit, nec poſt mortem ſuam, ubi tranſmiſſarius adiit, hæres extitiſſe dici poſſit, nullo ſenſu quoad eam hæreditatem tranſmiſſarius tranſmittentis hæres efficitur. Hinc poſtquam tranſmiſſarius *ſui* hæredis hæres adierit, ſi ſui hæredis creditores ſeparationem impetraverint juxta textum in *l. 1. §. 1. & 2. de ſeparat.* jure deſiderabunt ex tranſmiſſæ etiam paternæ hæreditatis bonis, quæ ipſo jure fuerunt ſuo hæredi quæſita, ſibi ſatisfieri. Ex contrario autem ſi poſtquam reliqui tranſmiſſarii utramque hæreditatem adierint, tranſmittentis creditores ſeparationem obtinuerint, ex ejus hæreditatis bonis, cujus adeundæ jus tranſmiſſum eſt, ſibi ſatisfieri fruſtra poſtulabunt, imo tranſmiſſariorum creditores ex hujoſmodi etiam bonis, quæ nunquam tranſmittentibus ſed ſolum tranſmiſſariis fuerunt ex aditionis tempore acquiſita, poterunt quod ſibi debetur, conſequi; ut pluribus fundat Salgado in *labyrint. credit. 2. part. cap. 25. ex num. 68. uſque ad num. 93.* quamvis in jodicando & conſulendo, contrarium reſpondendum cenſeat videndus omnino ex *n.* 94.

23 Uno tamen caſu jus tranſmiſſionis Theodoſiana conſtitutione introductum vulgari ſubſtitutioni præferri, ſi ſcilicet tranſmiſſarii deſcendentes poſt ejus aſcendentis obitum fuerint concepti, de cujus hæreditate tranſmittenda tractatur, illa voluntatis conjectura ſuadere videtur quod teſtator de nondum conceptis deſcendentibus faciendæ ſubſtitutionis tempore non cogitavit, & veriſimil eſt quod ſi de ipſis cogitaſſet, eos ſibi potius quam ſubſtitutum ſuccedere maluiſſet, cum credendus nemo ſit alienas ſucceſſiones propriis ante ponere, ut probant ab argumento textus in *l. cum avus* 102. *de condit. & demonſt. l. generaliter 6. verſ. autem C. de inſtit. & ſubſtit. l. cum acutiſſimi* 30. *de fideicom.* In quibus ſi filius vel nepos hæreditatem per mortem ſuam reſtituere rogatus liberis poſtea ſuſceptis, vita deceſſerit, ex pietatis conjectura liberi à gravato hærede relicti fideicommiſſario præferuntur; quia ſcilicet de ipſis teſtator non cogitavit, & ſi cogitaſſet, eos fideicommiſſario veriſimiliter prætuliſſet: ut latius eorum jurium materiam proſequentes docent Antonius Gomez. 1. *var. cap. 5. ex n.* 32. & plures alii ab ejus additionatore *Ayll. Layn.* congeſti *ex n.* 33. Sed tamen verius eſt vulgarem ſubſtitutum eis etiam tranſmiſſariis deſcendentibus præferri, qui poſt ejus obitum fuerint concepti, de cujus hæreditate tractatur, ſuperior enim pietatis conjectura quæ efficit, ut liberi à gravato hærede ſuſcepti poſt ejus aſcendentis obitum, qui fideicommiſſum reliquit, fideicommiſſario præferantur in *dict. l.* 102. *de condit. & demonſt. cum ſimil.* in cauſa eſſe non poteſt ad hoc, ut tranſmiſſarii deſcendentes, de quibus Theodoſius, etſi poſt ejus aſcendentis mortem ſuſcepti, de cujus hæreditate tractatur, vulgarem ſubſtitutum excludant. Cujus differentiæ inter fideicommiſſariam & vulgarem ſubſtitutionem ratio, quam laudati ſupra noſtræ ſententiæ Patroni non aſſignant, in meo quidem judicio eſt, quod fideicommiſſaria ſicuti ex ſola conjectura teſtatoris mentis poteſt induci *l. cum proponebatur* 84. *de legat.* 1. *cum ſimil.* ſic & per voluntatis conjecturam poteſt excludi; vulgaris autem ſubſtitutio, quæ ut potè ſecunda directa inſtitutio expreſſa verba requirit, nec ex conjecturata inducitur voluntate *l. hæredes palam* 21. *Qui teſtament. fac poſſeſſ. l. jubemus* 29. *cod. de teſtament.* excludi per voluntatis conjecturam non poteſt, ex vulgata regula textus in *l. prout* 80. *de ſolut. l. nihil* 35. *de reg. jur.*

Qood hucuſque diximus, excepta tranſmiſſione, quæ ex ſuitatis poteſtate dimanat, reliquas tranſmiſſionis ſpecies per vulgarem ſubſtitutionem impediri, non modo in tranſmiſſionibus novis conſtitutionibus introductis, procedit, verum & ad tranſmiſſiones Prætoria, vel civili æquitate olim inductas ſpectat, de quibus latè diximus *cap. 1. ex num.* 29. cum in omnibus non hæreditas tanquam acquiſita, aut bonorum poſſeſſio tanquam agnita, ſed ſolum adeundæ hæreditatis, aut agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis jus tranſmittatur, quod ex jam dictis vulgari ſubſtitutioni poſtponitur. Quæ tamen omnia ſic neceſſario intelligenda tandem exiſtimo, ſi ſcilicet vulgaris ſubſtitutus delatam ſibi ex cauſa ſubſtitutionis hæreditatem adierit, ita ut tunc cum effectu tranſmiſſarios hæredes excludat, at ſi hæreditatem repudiaverit, vel antè ejus aditionem deceſſerit (ignorans ſcilicet, vel elapſo deliberandi tempore, alioquin & ipſe deliberandi jus ad hæredem transferret *dict. l. 19. C. de jur. delib.*) tranſmiſſariis hæredibus eſt locus, ita ut tranſmiſſionis jus, exiſtente caſu ſubſtitutionis non ſtatim extinguatur, ſed in pendenti ſit, quia teſtator in eum dumtaxat caſum tranſmiſſionem per ſubſtitutionem impedire voluiſſe cenſendus eſt, quo ſubſtitu- 24

tus hæreditatem adierit, non ſi repudiaverit, ut probat ab argumento elegans ad rem textus in *l. ſicut* 8. §. *venditionis* 11. *Quib. mod. pign. ſolv.* Ubi ſi creditor rem ſibi pignori obligatam debitori legare permiſerit, ita demum cum effectu pignus extinguitur, ſi à legatario agnitum legatum fuerit, ergo pariter ita demum hæreditatis tranſmiſſio per vulgarem ſubſtitutionem extinguitur, ſi ſubſtitutus delatam ſibi adierit hæreditatem. Hoc ipſum ſequenti paritate demonſtro; ita demum vulgaris ſubſtitutio, per paternæ hæreditatis tranſmiſſionem, quæ ex ſuitatis peteſtate dimanat, exiinguitur, ſi tranſmiſſarius ſui hæredis hæres paternæ ſe immiſcuerit hæreditati, alioquin ſi ſe abſtinuerit, Prætorio jure ſubſtitutus ad bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas vocatur, ut dixi *num.* 10. Ergo ſimiliter è converſo ita demum reliquæ tranſmiſſionis ſpecies per vulgatem excluduntur ſubſtitutionem, ſi hæreditatem ſubſtitutus adierit, alioquin ſi vel cum repudiaverit vel ante ejus aditionem deceſſerit tranſmiſſariis hæredibus locus erit. Habetis jam (ſectatores nobiliſſimi) integrum de tranſmiſſione hæreditatis tractatum, in quo ſi quæ vobis grata, nec obſervata vulgo, non tenuitati noſtræ, ſed intemeratæ Dei genitricis ſuperno juvamini accepta referatis.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XXI.

De Conditionibus Inſtitutionum.

CAPUT PRIMUM.

Utrum ſub conditione, & ſub quibus poſſibilibus conditionibus extranei, aut neceſſarii, aut ſui, & neceſſarii hæredes utiliter inſtituantur.

1 CONDITIO, ut nominis derivationem, & varias quæ in jure noſtro paſſim occurrunt, ſignificationes, omittam, de quibus præter lexicographos Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 3. Accacius Ripol. *ad rubricam de C. & D. cap.* 1. *in principio, nihil eſt aliud, quam adjectio, quæ in futurum eventum actum ſuſpendit, aut reſolvit*, prout ferè docet D. Retes *de donat. cap.* 16. *num.* 1. *& in M. S. de verb. oblig.* 2. *part. tract.* 2. *num.* 2. pluribus definitionibus, ſivè ut proprius loquar, deſcriptionibus omiſſis, quas poſt antiquiores tradunt Mantica *de conject. ult. volunt. tit.* 10. *tit.* 5. *num.* 2. Donell. ubi ſupra, Antonius Gomez. *tit.* 1. *variar. reſolut. cap.* 12. *num.* 59. Spino *de teſtam. gloſſ.* 11. *Ripbl. de C. & D. dict. cap.* 1. *num.* 7. *&* 8. Caſtillo *de uſufructu cap.* 81. *aſſert.* 145. Duplex vero ut ſuperior demonſtrat, definitio conditionis ſpecies eſt, initiativa videlicet, & reſolutiva; initiativa illa dicitur, quæ actus initium, ſeu originem in futurum aliquem eventum ſuſpendit, §. *ſub conditione*, 4. *inſt. de verb. oblig.* cujus innumera ſanè exempla frequenter in jure, comperiuntur, reſolutiva illa dicitur, quæ purum, ſivè perfectum actum in futurum aliquem eventum reſolvit, & ad non cauſam, præcedentem cauſam reducit, eujus vulgaria extant exempla in *leg.* 1. *&* 2. *& per totum titulum de in diem additione l.* 1. *& per tot. tit. de leg. commiſſ. l. ſi fundum* 81. §. *ſtichum* 2. *de leg.* 1. Quibus vulgaribus elementis breviter pro terminorum explicatione præjactis, ſi quidem illud quæratur, utrum ſcilicet hæredis inſtitutio, id eſt, univerſalis ſucceſſoris deſignatio concipi ſub initiativa conditione rectè poſſit! Securè dicendum eſt, hæredis inſtitutionem concipi ſub initiativa conditione quam optimè poſſe, ut conſtat ex integro noſtro titulo, & ex §. *hæres & purè* 9. *inſt. de hæred. inſtit.* & ex innumeris juris locis, in quibus hæredis inſtitutio legitimus actus eſt, nam & olim directa, ſolemniaque verba deſiderabat antè novam Conſtantini Sanctionem in *leg. quoniam* 15. *C. de teſtamento*, & caput atque fundamentum totius teſtamenti eſt *l.* 1. *qui nec legaturus* 3. *de hæred. inſt.* §. *ante hæredis* 34. *inſt. de legatis.* Quod ſi formam & quibus indiget, ſolemnitates attendamus, ex civili jure proficiſcitur in veriori ſententia, quam tenet cum pluribus Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 5. *cap.* 1. *num.* 3. ſed legitimi actus non modo conditionem non admittunt, verum & per conditionis adjectionem omninò vitiantur, ut pro regula docet Papinianus in *leg. actus legitimi* 77. *de reg. jur.* Hæredis igitur inſtitutio non modo initiativam conditionem non recipit, verum & per conditionis adjectionem prorſus vitiatur. Rurſus, ſi hæredis inſtitutio initiativam conditionem reciperet, & diem utique certum admitteret, ſed fieri ex certa die non poteſt *l. hæreditas* 34. *de hæred. inſt. dict.* §. 9. *inſt. eod.* ergo nec ſub initiativa conditione rectè concipitur. Major probatur, actus qui conditionem recipiunt, & diem utique certum admittunt, qui vero conditionem reſpuunt, æquè per certi diei adjectionem vitiantur *dict. l.* 77. *de regul. jur.* Si igitur hæredis inſtitutio initiativam conditionem reciperet, & diem utique

certum admitteret. Hoc ipſum ſequenti, & nova quidem conſideratione fortius vigetur: dies certus hæredis inſtitutioni adſcriptus conditionis vicem gerit: ergo ſi diem certum hæredis inſtitutio non admittit, nec magis conditionem recipiet; antecedens probatur: dies certus his omnibus adjectus, quæ ad hæredes tranſmitti non poſſunt, conditionis vicem gerit, nec eorum dumtaxat executionem, ſed & ſubſtantiam, ad inſtar conditionis ſuſpendit, ut in terminis uſusfructus ex die certo legati, tutelæ in diem certum mandatæ, & libertatis ex die certo relictæ diſerti probant textus in *leg. unic. §. item ſi 3. & §. ult. quando dies uſusfructus leg. ced. l. ſi poſt diem 5. §. 1. verſic. niſi fortè, quando dies l. ſi quis ſub conditione 11. de teſtament. tut. §. 1. inſt. de Atilian. tutor. junct. l. tutela 16. §. 1. de tutelis l. ſed ſi non ſervus 36. §. ult. ad leg. falcid. l. teſtamento 23. §. 1. de manum. teſt. l. 4. §. ſi ex die 5. de fideicommiſſ. libert.* junctis, quæ latius dixi in Accadem. *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 2. num. 6. cum ſequenti & num. 9. cum ſequenti*, ſed nondum adita hæreditas ad hæredes tranſmitti non poteſt *l. unic. §. in noviſſimo 5. verſic. hæreditatem C. de caducis tollendis*, ut pleniſſimè docui in Accadem. *de tranſmiſſione hæredit. cap. 1. per totum*: ergo dies certus hæredis inſtitutioni adſcriptus conditionis vicem gerit, nec ejus ſolum executionem, ſed & ſubſtantiam ad inſtar conditionis ſuſpendit, ac proinde ſi certum diem hæredis inſtitutio non admittit, nec magis conditionem recipiet.

2 Ex his difficultatibus priori facilè reſpondetur, eos dumtaxat actus initiativam non admittere conditionem, qui ab executione & implemento ſubſtantiam capiunt, & præſentem effectum ſortiuntur, ſivè legitimi ſint, ſivè non, implicat enim, quod executivi ſint, & quod eorum executio per conditionem ſuſpendatur, ut ecce ſervitutis conſtitutio, quæ juſto aliquo titulo præcedente, per quaſi traditionem inducitur, quia executivus, nec tamen legitimus actus eſt, fieri ſub conditione non poteſt *l. 4. de ſervitute*, & legitimos eos actus, quos in *dict. 77. de reg jur.* Papinianus enumerat, non ideo conditionem non admittere, quia legitimi, ſed potius quia executivi ſunt, ut per eorum ſingulos diſcurrenti patebit. Hinc & legitimi etiam actus, qui executivi non ſunt, id eſt, qui ex ſuo genere præſentem executionem non petunt, ſed poſtea aliquid aliud ad ſui perfectionem expectant, dilationem, & conditionem recipiunt, ut in tutela videre eſt, cujus datio, ſivè io teſtamento, ſivè à magiſtratu fiat, indiſtinctè legitimus actus eſt, quidquid contrarium contendat Alciatus *lib. 3. pareng. cap.* 8. quem meritò carpit Oſſualdus *lib. 3. comment. cap. 7. littera K.* & quamvis à magiſtratu fieri ſub conditione non poſſit, quia tunc executivus eſt actus *l. mutuo 6. §. 1. de tutela*, textus ſic intelligendus in *dict. l. 77. verſiculo datio tutoris de reg. jur.* In teſtamento tamen ſub conditione rectè fit *l. tutor 8. §. 1. & 2. de teſtamentaria tutela §. ad certum 3. inſt. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* quia tunc, quamvis legitimus actus ſit, executivus tamen non eſt, imò in futurum tempus confertur, & aliquid aliud ſui videlicet hæredis exiſtentiam, aut hæreditatis aditionem, ad ſui perfectionem expectat, prout in legatis, aliiſque ferè omnibus teſtamentariis diſpoſitionibus contingit, quæ cum præſentem non petant executionem, ſed in futurum tempus referantur, & hæreditatis aditionem adhuc expectent *l. ſi nemo 9. de teſtamentaria tutela*, dilationem & conditionem non reſpuunt, quæ præfata jura inter ſe conciliandi ratio præferenda omninò eſt aliis, quas excogitarunt Donellus *dict. lib. 3. comment. cap.* 7. Antonius Faber *in Papin. tit. 13. de tutela principio 1. illat.* 13. & alii quos refert Oſſualdus *ad Donellum dict. cap. 7. littera L. & M.* Similiter etſi vindicata manumiſſio, quæ legitimus & executivus eſt actus, recipere conditionem non poſſit, ex regula textus in *dict. l. 77. de regula jur.* teſtamentaria tamen libertas, quæ licet legitimus, non tamen executivus eſt actus, cum in futurum tempus referatur, rectè ſub conditione relinquitur, ut notum eſt: ſtipulatio quoque, quæ tanquam à civili jure originem ducens, & plures ſolemnitates requirens, legitimus actus eſt, quia præſentem non petit executionem, conditionem admittit *§. omnis* 2. ubi noſter Pichardus *num 2. cum duobus ſeqq. inſt. de verb. oblig.* idem ſané in hæredis inſtitutione juris eſt, quæ etſi legitimus actus eſt, quia tamen non à præſenti executione ſubſtantiam capit, ſed in futurum refertur, poteſt initiativam conditionem recipere. Nec dicat aliquis huic differentiæ expreſsé Papinianum obſiſtere, qui in *dict. l. 77*, legitimos actus per conditionis adjectionem vitiari, nulla adhibita diſtinctione reſpondet, nam verius eſt Papinianum non quidem generaliter docere, legitimos actus per conditionis adjectionem vitiari, ſed ſolum legitimos illos actus, qui tamquam executivi, conditionem non recipiunt, per conditionis adjectionem omninò vitiari, idque conſultum ſenſiſſe extra controverſiam eſt, ſi vulgatam negativam lectionem ſequamur, quam præferunt Donellus *lib. 6. comment. cap.* 18. Duarenus *in paraphraſi ad tit. de acquir. hæred. cap.* 3. Petrus Faber & Jacobus Gothofredus in *dict. l.* 77. & alii ab Oſſualdo relati *dict. lib. 6. cap. 18. littera F.* Sed etſi affirmativam florentinam lectionem, quam retinent Cujacius *lib. 25. obſ. cap.* 16. & Revardus in *dict. l. 77.* amplectemur, eandem adhuc eſſe Papiniani ſententiam exiſtimo, cujus illa verba: *actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem*, non illud ſignificant, quod ſcilicet legitimi omnes actus, quibus dies, vel conditio expreſſim adjicitur, in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem, ſed potius debent ad legitimos executivos actus referri, ubi probatur tum ex eo, quod actus illi, quos Papinianus recenſet, executivi omninò ſunt, exempla verò etſi numquam reſtringant, regulam tamen declarant, tum ex eo, quod Papinianus dum ſuperioris regulæ limitationem ſubjungit, ſic ait: *Nonnunquam tamen actus ſupra ſcripti tacitè recipiunt, quæ apertè comprehenſa vitium adferunt.* Quibus verbis ſatis uſtendit, quam initio tradiderat regulam, non ad legitimos omnes actus, ſed ad eos, quos ſupra ſcripſerat, vel alios eis ſimiles, executivos videlicet pertinere.

Secundæ difficultati reſpondeo, non ideo 3
hæredis inſtitutionem fieri ex certo die non poſ-

ſe, quod ex eis actibus ſit, qui nullam ſuſpenſionem admittunt, alioquin cum majorem longè ſuſpenſionem conditio, quam dies certus ſecum afferat; conditionem minus, quam diem certum, hæredis admitteret inſtitutio, alioquin etiam per temporis adjectionem inſtitutio vitiaretur, ex regula *dict. leg.* 77. quod tamen non ita eſt *dict. leg.* 34. *de hæred. inſt.* Sed immo quoad hanc juris partem inter conditionem, & certum diem illud verſari diſcrimen, quod hæredis inſtitutio, quæ tamquam actus non executivus, ſed potius initiativus, & ad hæreditatis aditionem prævius, ſuſpenſionem admittit, & initiativam conditionem non reſpuit, fieri ex die certo non poteſt. Hujus autem etſi notiſſimæ differentiæ ratio non ſtatim occurrit, adeo ut Conanus *lib.* 10. *comment. cap.* 6. Dignam juris rationem arte differentiæ reddi non poſſe dicere non vereatur. Gothofredus in *dict. leg.* 34. *de hæred. inſt. n.* 1. Cujacius *lib.* 1. *definit. Pap. in eodem textu & tract.* 2. *ad Africanum. in leg. ſi mater* 33. *de vulgari.* Antonius Faber *de erroribus pragmaticis dec.* 27. *error.* 1. *& lib.* 15. *conject. cap.* 7. Oſſuald. *dict. lib.* 6. *comment. cap.* 18. *littera* C. Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 25. *cum ſequenti. Bellon. de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſtione* 16. *ex n.* 34. quibus & ſubſcribit egregius noſter præceptor, & anteceſſor DD. Didacus de la Serna *in Academ. de acquirend. hæred. ill.* 5. *n.* 5. *cum ſequenti*, ex eo differentiæ rationem deſumunt, quod hæredis ſucceſſio quæ continua eſſe debet, nec ullo temporis ſpatio interrupta, *leg. hæres quandocumque* 54. *de acquirend. hæred.* per adjectam inſtitutioni conditionem non interrumpitur, aut enim conditio exiſtit, & teſtatus ſemper paterfam. creditur deceſſiſſe, nam & exiſtens conditio ad tempus mortis teſtatoris retrotrahitur, *leg. quod dicitur* 38. *in principio de teſtamento militis* 3. *ſed hactenus* 3. *verſiculo quid ergo inſt. eodem.* Et quæ conditionis exiſtentiam ſubſequitur, hæreditatis aditio, ad idem mortis teſtatoris tempus retrocurrit *dict. leg.* 54. *de acquirend. hæred. leg. ſi ex re* 28. §. *ult. de ſtipulation. ſervit. leg. omnis* 138. *leg. omnia* 193. *de reg. jur.* Aut conditio deficit, & inteſtatus ſemper pater famil. deceſſiſſe intelligitur, quia cum ex conditionis defectu adiri hæreditas ex teſtamento non poſſit, inteſtati cauſa ſuccedit, & legitimis hæredibus ab inteſtato hæreditas defertur *leg.* 1. *de injust. rupt. cum ſimil.* qui quandocumque adierint, retro ex mortis tempore ab inteſtato hæredes extitiſſe, ſeu defuncto ſucceſſiſſe creduntur ex dictis juribus; at dies certus hæredis inſtitutioni adſcriptus ſucceſſionis continuitatem interrumperet, & niſi rejiceretur, efficeret, ut pro temporis parte, poſt diem ſcilicet venientem, teſtatus & inteſtatus pro parte, antè diei videlicet adventum, paterfam. decederet contra regulam textus in *leg. noſtrum* 7. *de reg. junct. leg. miles ita* 41. *in principio de teſtamento militis.* Nec enim ſicuti exiſtentis conditionis, ſic & certi diei venientis retrotractio poſſet admitti, ſive quia tempus continuo fluit, nec ad præcedentia poteſt inſtantia recurrere, ut ubi ſupra diſputat *Antonius Faber.* Sive quia quæ ratio exiſtentis conditionis retrotractionem inducit, eadem venientis certi diei retroctrationem excludit, conditionis retrotractioni teſtatoris voluntas non obſiſtit, quem ſub conditione hæredem inſtituit, ſtatim inſtituere voluiſſe cenſetur, ſi modo conditio exiſtat; cum ergo conditio nec ad certum aliquod tempus referatur, nec ſe habeat per modum principii, cjus poſtea exiſtentis retrotractionem teſtatoris voluntas non excludit; certus vero dies tamquam inſtitutionis initium adſcribitur, & teſtator, quem ex certo die hæredem inſtituit, ex tunc nec antè hæredem eſſe vult, & antecedens tempus excludit, argumento textus in *leg.* 4. §. 1. *de C. & D.* Manifeſta itaque teſtatoris voluntas diei venientis ad mortis tempus retrotractionem excludit, ne alioquin ex mortis die hæres extitiſſe credatur, quem teſtator non ex tunc, ſed ex die demum adſcripto ſuccedere voluit; porro deficiente retrotractionis remedio illo tempore. quod inter teſtatoris mortem, & certi diei adventum excurreret, ſpes nulla ex teſtamento deferendæ hæreditatis ſubeſſet, & interim inteſtati cauſa ſuccedente contra notiſſimam juris regulam pro parte temporis teſtatus, pro parte inteſtatus pater famil. decederet, quod metui in conditionali inſtitutione non poteſt, nam futuræ retrotractionis ſpes efficit, ut medio etiam illo tempore inſpecto, quod inter teſtatoris mortem, & conditionis exiſtentiam intercedit, ſpes ex teſtamento deferendæ hæreditatis ſupereſit, quæ interim dum pendet conditio, inteſtati cauſam ſubmovet ex regula textus in *leg. quandiu* 39. *de acquirend. hæred. leg. antequam* 8. *C. commun. de ſucceſſ.* Prout ex antiquioribus non nullis ſubtiliter diſcurrit Bellon. *dict. cap.* 7. *quæſt.* 16. *n.* 42. *cum duobus ſequentibus.*

Hæc differentiæ ratio, etſi prima ut ajunt 4
facie ſubtilis, & communi ſcholæ noſtræ plauſu hucuſque accepta, diſplicet ex ſequentibus: nam verius eſt, ut ex Antonii Fab. *lib.* 15. *conject. cap.* 6. & Oſſualdi *lib.* 9. *comment. cap.* 6. *littera E. cum ſequent.* ſententia dicebam *ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 3. *n.* 2. nullam in jure noſtro conditionis retrotractionem admitti, nuſquam enim conſulti docuerunt, quod exiſtens conditio, ad contractus, aut mortis tempus, retrotrahitur, quaſi jam tunc extitiſſet, ſed ſolum quod actus quilibet ſub conditione geſtus poſt ejus exiſtentiam, & ſic poſt obſtaculum puritatis ſublatum perinde haberetur, ac ſi purè & ſine conditione geſtus ab initio fuiſſet, ut de contractibus diſſerti ſunt textus, in *leg. neceſſario* 8. *in principio verſiculo quod ſi pendente de per. & commiſſ. rei vend. & in leg. potior* 11. §. 1. *qui pot. in pign.* & in terminis hæredis inſtitutionis probant textus in *leg. ult.* §. 1. *verſiculo ſed ſi extiterit de vulgari & in leg. ſi pupillus* 26. *hoc tit.* textus etiam ſic intelligendi in *dict. l.* 38. *in principio de teſtamento militis & in dicto* §. 3. *verſiculo quid ergo inſt. eodem*: hæc autem juris fictio, quæ circa conditionalem inſtitutionem poſt exiſtentiam conditionis inducitur, ſi neceſſaria ad ſucceſſionis foret continuitatem in inſtitutione ex die certo facta, poſt diem venientem induci quam optimè poſſet, nec quidquam impediret ex die certo factam inſtitutionem, perinde poſt diem venientem haberi, ac ſi purè, & ſine temporis adjectione concepta ab initio fuiſſet, quod enim in contractibus ex die certo celebratis, aut in legatis ex die certo relictis etiam poſt diem venientem locus hujuſmodi fictioni non ſit, ex eo fortaſſis deſcendit, quod fictiones eatenus dumtaxat jus inducit, quatenus

Digitized by Google

quatenus neceſſitas exigit, ut ad rem aliam docent Valentia *lib. 1. illuſtr. tract. 3. cap. 1. num. ult.* & Oroz *lib. 1. de apicibus cap. 8. num.* 17. Nulla verò circa contractus, & legata adhuc poſt diem venientem ejus fictionis inducendæ neceſſitas vertitur, cum etiam omni fictione ſecluſa verum ſit, diem certum, nec obligationis ſubſtantiam, nec legati ceſſionem, ſed ſolum petitionis effectum remorari *l. centeſſimis 46. in princ. de verb. oblig. dict. l. 5. §. 1. l. ſi dies 21. quando dies leg. ced. cum ſimilibus.* Si igitur aliqua juris neceſſitas circa inſtitutionem ex certo die factam ſuperiorem fictionem expoſceret, poſt diem venientem purè & ſine ulla temporis adjectione ab initio concepta inſtitutio juris cenſura crederetur, ad inſtar conditionalis inſtitutionis, quæ poſt conditionis exiſtentiam perinde habetur, ac ſi puré concepta ab initio fuiſſet, ac per conſequens, quemadmodum poſita conditionali inſtitutione futuræ illius fictionis ſpes, dum pendet conditio, inteſtati cauſam ſubmovet, & poſt conditionis exiſtentiam fictio illa ſucceſſionis continuitatem inducit, ſic & in inſtitutione ex certo die facta, & ſi dies expectaretur, & ejuſdem fictionis ſpes antè diem venientem inteſtati cauſam excluderet, & poſt diem venientem inteſtati cauſam excluderet, & poſt diem venientem fictio eadem ſucceſſionis continuitatem induceret. Rurſus etſi maximè adſcriptus inſtitutioni dies expectaretur, non eo magis ſucceſſionis continuitatem interrumperet; nam retrotractiva illa fictio, per quam aditionis hæreditatis tempus retrotrahitur, quæ in conditionali inſtitutione ſucceſſionis ſalvat continuitatem, eadem in inſtitutione ex certo die facta, poſt diem venientem æquè ſucceſſionis continuitatem ſalvaret; & denique ſi in conditionali inſtitutione ſummè fallibilis, & contingens extituræ conditionis ſpes, interim dum pendet conditio, ſpem medio etiam illo tempore ex teſtamento deferendæ hæreditatis conſervat, & inteſtati cauſam excludit, potiori jure in inſtitutione ex certo die facta, etſi maximè dies expectarentur, certa omninò & infallibilis certi diei ſpes ante diem venientem, medio illo tempore ſubſtineret ex teſtamento deferendæ hæreditatis ſpem, & interim inteſtati cauſam excluderet. Falſa igitur omninò eſt ſuperior differentiæ ratio inter diem certum, & conditionem quoad hanc juris partem aſſignata.

5 Sed nec verum magis illud eſt, quod Bellonum *dict. cap. 16. quæſt. 16. num. 42. cum duobus ſeqq.* & noſtros Anteceſſores, præcipuè movit, ut in ſuperiori diſcriminis ratione perſiſterent, teſtatorem ſcilicet, quem ex certo die hæredem inſtituit, ex tunc nec antè hæredem eſſe velle, & antecedens tempus excludere, nec niſi contra expreſſum teſtatoris judicium, ſi dies expectaretur, ex mortis die hæredem extitiſſe retrocredi poſſet, quem antè diem inſtitutioni præfixum hæredem exiſtere expreſsè teſtator noluit, ad ejus differentiam, qui ſub conditione inſtituitur, quem à mortis tempore hæredem exiſtere, ſi modo conditio jam extiterit, nulla teſtatoris voluntas impedit, & qui idcircò, ubi poſt exiſtentem conditionem hæreditatem adierit, retrò à mortis tempore juris cenſura defuncto creditur ſucceſſiſſe; nam una eademque quoad propoſitum meo quidem judicio ejus, qui ſub conditione, & ejus qui ex die certo hæredem inſtituit, voluntas eſt, uterque, quem ſic inſtituit, ex quo conditio extiterit, vel dies venerit, neuter antè diem venientem, aut conditionem exiſtentem hæredem exiſtere vult, quod ſic evidenter, ni fallor, demonſtro; ideò in eorum Interpretum ſententia, cum quibus lis nunc nobis eſt, qui ſub conditione inſtituitur, ubi poſt exiſtentem conditionem hæreditatem adierit, poteſt juxta teſtatoris judicium, à mortis tempore ſucceſſiſſe retrocredi, quia quem ſic teſtator inſtituit, ſtatim etiam à mortis tempore hæredem exiſtere voluit, ſi modo conditio jam extitiſſet, ſed pariter, quem ex die certo teſtator hæredem inſtituit; ſtatim etiam ex mortis tempore hæredem exiſtere vult, ſi modo dies jam tunc venerit: æquè igitur poſſet, etſi dies expectaretur, juxta teſtatoris judicium, ubi poſt diem venientem hæreditatem adiret, jam retro intelligi ex mortis tempore ſucceſſiſſe. Minorem ſic probo: quem ex die certo hæredem teſtator inſtituit, poſt diem venientem hæredem exiſtere vult, ſed quo tempore teſtator decedit, poteſt dies inſtitutioni præfixus jam veniſſe, ſicuti & poteſt jam conditio extitiſſe, ut notum omnibus eſt: ergo quem ex certo die hæredem teſtator inſtituit, ad ejus inſtar, quem ſub conditione inſtituit, ſtatim etiam à mortis tempore vult hæredem exiſtere, ſi modo jam tunc dies venerit, & una eademque ejus, qui ſub conditione & ejus, qui ex die certo hæredem inſtituit, quoad propoſitum voluntas eſt; quæ ſi in conditionali inſtitutione non impedit, ut conditionis exiſtentiam ſubſecuta hæreditatis aditio ad mortis tempus retrocurrat, nec in inſtitutione ex certo die facta, etſi maximè dies expectaretur, poſſet hæreditatis aditionis poſt diem venientem factæ ad mortis tempus retrotractionem impedire; hoc idem ſic explicatur: conditio non minus, quam certus dies, tanquam initium inſtitutionis adſcribitur, cum antè conditionis exiſtentiam, nec deferri, nec acquiri hæreditas poſſit *l. is qui heres 13. in princip. verſic. cæterum junct. l. is poteſt 18. de acquir. hered.* Et tamen hæreditatis aditio poſt exiſtentem conditionem facta ad mortis tempus retrotrahitur: ergo quod certus dies tamquam inſtitutionis initium adſcribatur, dato quod expectari deberet, aditionis poſt diem venientem factæ ad mortis tempus retrotractionem impedire non poteſt.

Nec voluntarius alicui noſter hic diſcurſus, 6 videatur, in cujus confirmationem plures & expreſſæ conſultorum deciſiones conſpirant, ex quibus evincitur, quod etſi teſtator eum, quem hæredem inſtituit, non ex mortis, ſed ex alio poſtea tempore hæredem velit exiſtere, veluti ſi ſub ea conditione inſtitutionem conceperit, quæ mortis tempore impleta jam eſſe, vel extitiſſe non poſſit, & quam poſt teſtatoris mortem exiſtere, vel adimpleri opus ſit, inſtitutio etiam non rejecta conditione jure ſubſiſtit, & conditionis implementum, aut ſubſiſtentiam ſubſecuta hæreditatis aditio ad mortis tempus retrotrahitur, tum quia non ideo futuram retrotractionem impedire, ſed potius juris diſpoſitioni ſe conformare voluiſſe teſtator

eenſendus eſt, argumento textus in *leg. ſi duo* 38. *de acquir. hæred.* tum quia nec futuram retrotractionem etſi maximè vellet, impedire teſtator poſſet, ex generali regula textus, *in leg. nemo* 55. *de leg.* 1. & primo ſub poteſtativa conditione hæredis inſtitutio jure concipitur, nec hæreditas antè ejus implementum inſtituto hæredi defertur *leg. ſuus* 4. *leg. ſi quis inſtituatur* 23. §. 1. *de hæredibus inſtitutis. leg.* 3. *leg. ſi quis* 11. *leg. ei qui* 13. *hoc tit.* cum tamen noo niſi poſt mortem teſtatoris poteſtativam conditionem utiliter adimpleri explorati juris eſt, *leg.* 2. *leg. ſi jam facta* 11. §. 1. *de C. & D.* Secundò poteſt quam optimè teſtator, dum ſub conditione hæredem inſtituit, conditionis implementum, aut exiſtentiam intra certum temporis ſpatium circumſcribere *leg.* 2. §. *etſi* 8. *de minoribus leg. ſed ſi conditione* 6. *in principio leg. liber homo* 59. §. *ſi ita ſcriptum* 6. *de hæred. inſt. leg. ſi quis hæres* 72. *de acquir. hæred. leg.* 3. §. *ſi conditioni* 31. *ad Syllan.* Tertiu expendo elegantem & ſingularem ad rem textum in *leg.* 4. *in principio hoc tit.* Ubi teſtatut quoſdam hæredes ſic inſtituit; *ſi ſocii una bonorum meorum permanſerint, uſque ad annos ſexdecim hæredes ſunt.* Et cum circa inſtitutionis validitatem quæſtio eſſet, Marcellus juxta verborum ſignificationem inutilem inſtitutionem eſſe aſſerebat, tamquam ſub perplexa conditione factam, eum nec inſtituti hæredes adire prius hæreditatem poſſint, quam bonorum teſtatoris ſocietatem cojeriot, nec rurſus ante booorum ſocietatem coire, quam hæreditatem adierint, & adepti bonorum dominium fuerint. Julianus ex oppoſito, cui & Ulpianus ſubſcribit, utilem ideo eſſe inſtitutionem reſpondit, quia cum antè aditam etiam hæreditatem, bonorum teſtatoris quæ ſe habituros poſt aditionem ſperant, quaſi rei futuræ, inſtituti hæredes coire ſocietatem poſſint, nulla datur conditionis perplexitas, quæ inutilem inſtitutionem conſtituat, ut explicat Duarenus in *paraphraſi ad noſtrum tit. cap.* 6. Tunc ſic, en ubi teſtator, quos ſic hæredes inſtituit, non à mortis tempore, ſed imò poſt ſexdecim annotum, poſtea tranſcurſum hæredes voluit exiſtere, cum nec antè poſſit conditio inſtitutionis impleri, & tamen & conditio expectatur, & quæ ejus implementum ſubſequitur, hæreditatis aditio ad mortis tempus retrotrahitur, quod ergo teſtator eum, quem hæredem inſtituit, non niſi poſt certum temporis ſpatium, poſt ejus mortem elapſum, hæredem velit exiſtere, aditionis hæreditatis poſtea ſubſecutæ ad mortis tempus impedire retrotractionem non poteſt; Si dicas imò in *dict. l.* 4. *hoc tit.* inſtitutos hæredes, ſtatim ac poſt mortem teſtatoris ſocietatem coierint, etiam ſexdecim annorum ſpatio non expectato, Mutiana oblata cautione, de qua in *l. mutiana* 7. *& in l. is cui* 18. *de C. & D.* adire hæreditatem non prohiberi, nam affirmativa illa conditio, *ſi ſocii unà bonorum meorum permanſerint, uſque ad annos ſexdecim*: negativam illam habet implicitam; *ſi à contracta ſocietate uſque ad annos ſexdecim non diſceſſerint*, in affirmativa vero conditione, quæ non faciendi negativam habet implicitam, mutianæ cautioni locus eſt, ut à contrario ſenſu probatur ex textu in *l.* 7. *num.* 9. Facilè reſpondebo quod affirmativa illa conditio, de qua in *dict. l.* 4. *hoc tit.* etſi negativam habeat implicitam, longè poteſt antè inſtitutorum mortem adimpleri, quos etiam oltrà tempus conditioni præfixom vivere poſſibile eſt, & idcircò, ut in *dict. l.* 4. cum judicio Gothofredus advertit, murianam cautionem non admittit, quæ in illis dumtaxat negativis conditionibus, aut affirmativis, quæ non facieodi negativas habent implicitas, locum habet, quæ non niſi morientibus inſtitutis adimpletæ dici poſſunt, *l. cum tale* 72. §. *Titius* 2. *dict. l.* 101. §. 3. *hoc genus* 106. *de C. & D.* mutiana verò eautione ceſſante, non antè poteſt adimpleri conditio, quam elapſum ſit tempus, ipſi conditioni præfixum. Quartò induco textum in *l. ſi quis ita* 6. *hoc tit.* ubi ſi quis ſic ſit inſtitutus, *ſi monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo mortis ejus feciſſet*, cum monumentum intra triduum perfici non poſſit, conditio tamquam impoſſibilis evaneſcir, ſi igitur congruum temporis ſpatium extruendo monumento teſtator deſignaſſet, omniuò foret expectanda conditio, quæ tamen non tuſi poſt mortem teſtatoris, & intra certum temporis ſpatium poſſet adimpleri; expendo denique textum in *l. ſi mater* 33. *in princip. de vulgar.* ubi ſi impubes filius à matre ſic hæres inſtituatur, *cum erit annorum quatuordecim*, inſtitutio ſubſiſtit, nec prius poteſt filius maternam hæreditatem adire, quam ad eam ætatem pervenerit, eum tameo mater ex eo demum tempore, filium hæredem exiſtere voluerit.

7 Ex quibus omnibus Conſultorum deciſionibus apertè deducitur, quod ſi teſtator eum, quem hæredem inſtituit, non ex mortis, ſed ex alio poſtea tempore hæredem velit exiſtere, inſtitutio jare ſubſiſtit, & quæ conditiunis exiſtentiam, aut implementum ſubſequitur, hæreditatis aditio ad mortis teſtatoris tempus retrotrahitur; ergo etſi daremus teſtatorem, eum quem ex die certo hæredem inſtituir, non ex mortis, ſed ex adſcripto demum die omninù hæredem inſtituere voluiſſe, quod tamen negandum eſt ex *dict. num.* 5. poſſet adhuc dies expectari, & quæ ejus adventum hæreditatis aditio ſequeretur ad mortis teſtaturis tempus retrocurreret, ac per conſequens falſa ex omni parte ſuperior differentiæ ratio, quæ inter diem certum, & conditionem vulgo circumfertur. Nec noſtri hujus diſcurſus vim eludet, qui cum Goffredo in *dict. l. ſi quis hæres* 22. *de acquir. hæred. num.* 2. *cum duobus ſeqq.* dixerit, quod in juribus *anteriori num.* expenſis non hæredis inſtitutioni, ſed conditiuni certus dies adſcriptus à teſtatore proponitur, qui conditionis implementum, aut exiſtentiam intra certum temporis ſpatium circumſcripſit, quo caſu inſtitutio, tamquam conditionalis, & conditio temporis adjectionem abſorbet, nec eertus dies tollitur, cum eo etiam ſublato conditionalis adhuc maneret; nam hæc ſolutio probat, quidem conditionalem eſſe ioſtitutionem in prædictis juribus, quod & nos libenter admittimus, nec negare quiſquam audebit, noſtram tamen communis opinionis impugnationem noo evertir, quia etſi conditionalis ſit inſtitutio, certo temporis ſpatio circumſcribitur, quæ in omnibus ferè præfatis juribus quo tempore teſtator decedit, implera jam eſſe, vel extiriſſe non poteſt, ſed omninò debet poſt mortem teſtatoris exiſtere, vel im-

pleri; quem vero ſic hæredem teſtator inſtituit, manifeſtè, non ex mortis ſed ex alio poſtea tempore, exiſtentis videlicet, aut adimpletæ conditionis, vult hæredem exiſtere, & tamen etiam non rejecta conditione inſtitutio jure ſubſiſtit, nec ea teſtatoris voluntas impedit, ut conditionis exiſtentiam, aut implementum ſubſecuta hæreditatis aditio retrotrahatur ad tempus mortis teſtatoris; ergo pariter, etſi teſtator, quem ex die certo hæredem inſtituit, non ex mortis, ſed ex adſcripto demum die expreſſè hæredem vellet exiſtere, adhuc dies poſſet expectari, nec ea teſtatoris voluntas poſt diem factæ hæreditatis aditionis ad mortis tempus retrotractionem impediret: defendi igitur non poteſt communis præfatæ differentiæ ratio inter diem certum, & conditionem, ſive ex conditionis, ſive ex aditionis hæreditatis retrotractione deſumpta.

8 Hæc quæ adverſus communem illam opinionem ex propria obſervatione fundamenta congeſſimus, difficiliorem protſus reddunt ſuprà traditam inter diem certum, & conditionem differentiam, cujus vera genuinaque ratio ex diverſa certi diei, & conditionis natura dimanat: conditio hæredis inſtitutionem, ſicuti & cæteros, quibus adjicitur actus, omnino ſuſpendit, & ſive extiterit, inſtituto hæredi ex teſtamento, ſive defecerit, legitimis hæredibus hæreditas ab inteſtato deferatur, & ſive inſtitutus per conditionis exiſtentiam, ſive poſt ejus defectum legitimi hæreditatem adierint, retro ex mortis tempore vel ex teſtamento, vel ab inteſtato defuncto ſucceſſiſſe creduntur ex regula textus in *dict. leg. 54. de acquir. hæred.* Certus vero dies diſpoſitioni adſcriptus non juris effectum, ſeu diſpoſitionis ſubſtantiam, ſed exercitium, ſeu executionem ſuſpendit *dict. leg. 21. quando dies leg. ced. dict. leg. 46. de verb. oblig. l. cedere diem 213. de verb. ſign.* & tunc ſolum expectatur, cum in gratiam alicujus adjicitur; ut ecce in contractibus regulariter in gratiam debitoris apponitur, *leg. ſtipulatio 38 §. inter incertam 16. de verb. oblig. leg. cum tempus 17. de reg. jur.* aliquando in favorem creditoris adjicitur, *leg. 1. §. ſi depoſuero 45. cum 8. ſequenti depoſiti.* & in legatis & fideicommiſſis, ſive univerſalibus, ſive ſingularibus, plerumque in hæredis gratiam adſcribitur *dict. leg. 17. de reg. jur. §. in primis 2. in fin. inſt. de fideicommiſſ. hæred.* nonnumquam in legatarii ſeu fideicommiſſarii favorem *leg. Javolenus 15. de ann. leg. argumento textus in leg. 3. §. cum pollidius 3. de uſuris, leg. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus 2. de legatis 1.* At ubi in teſtamento in nullius gratiam, & ſic ob nullam cauſam adjicitur, non expectatur, immo tamquam nudum teſtatoris præceptum negligitur ex generali regula textus in *leg. filius famil. 114. §. divi 14. de legatis 1.* junct. Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 6. cap. 1. per tot.* & idcirco hæredis inſtitutioni adſcriptus non expectatur, ſed inſuperhabetur, quia in nullius gratiam, & ſic ob nullam cauſam adjicitur, ut ex eo conſtat, quod aditionis hæreditatis dilatio, quam ſolum inducere dies certus poteſt, nulli eſſet utilis, immo omnibus, ad quos aditio pertinet, veluti inſtituto hæredi, hæreditariis creditoribus, & legatariis aut fideicommiſſariis maximè noxia; inſtituto hæredi, quia interim hæreditaria commoda non ſentiret, hæreditariis creditoribus, quia eorum vel maximè intereſt confeſtim hæreditatem adiri, ut habeant cum quo congrediantur *leg. 1. in pr. de ſucceſſ. edict. §. cum igitur plures 4. inſt. de bonor. poſſeſſ.* legatariis aut fideicommiſſariis, quia aditionis hæreditatis dilatio legatorum, aut fideicommiſſorum, petitioni moram facit *leg. hæredis 7. in principio quando dies leg. ced.* ſolum in gratiam legitimorum hæredum ab inteſtato venientium dies inſtitutioni cenſeri poteſt adjectus, ut ſcilicet interim ante diem venientem ipſi hæreditatem acquirant, verum nec hoc intuitu expectari dies debet, ne alioquin contra vulgarem juris regulam quæ extat in *dict. l. 7. de regula juris junct. dict. leg. 41. de teſtamento militis.* pro parte temporis teſtatus, & inteſtatus pro parte pater famil. decedat. Hic inter diem certum, & conditionem differentiæ ratio, quam etſi non ſic illuſtrarit, ſubtiliter præſtitit Donellus *dict. lib. 6. comment. cap. 18.* ſequenti nec vulgari, nec ad rem ab alio adducta paritate confirmatur: hæres in diem certum hæreditatem reſtituere rogatus, ſi quidem ſponte adierit, ante diem hæreditatem reſtituere non tenetur, poteſt tamen antè diem ſi velit, reſtituere, cum dies in ejus gratiam fuerit adſcriptus ex generali regula textus *in dict. leg. 38. §. 16. de verb. oblig. leg. 1. §. 1. de C. & D.* quin contrarium probet textus in *leg. ſed etſi 10. ad Trebell.* Quem de hærede in diem incertum qui conditionis vicem gerat, hæreditatem reſtituere rogato, accipiunt, & rectè Donell. *lib. 7. comment. cap. 20. & 22.* & Ramos *in M. S. ad leg. 1. de vulgari n. 22.* ſi vero ſuſpectans hæreditatem dixerit, eam adire, & ſtatim, non expectato die, fideicommiſſario cogitur reſtituere, expreſſi ſunt textus in *leg. 1. §. ſed & quoties 9. leg. recuſare 6. §. ult. leg. cogi 16. §. cum quidam 7. ad Trebell. Bellonus de jur. accreſc. cap. 7. quæſt. 18. n. 64. & 65.* quippè cum hæres, qui, quam ſuſpectam dixit, hæreditatem coactus adit, nullum ex teſtamento commodum ſentiat, ut potè qui ſupremas defuncti preces deſtituit *leg. nam quod 14. §.* qui compulſus *4. leg. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam 2. leg.* ſi patroni *55. §.* quid ergo *3. verſiculo cum etiam eodem tit.* reſtitutionis dilatio nullum hæredi compendium, fideicommiſſario autem diſpendium afferret non leve, & cum dies ab initio in hæredis gratiam adſcriptus poſt coactam hæreditatis aditionem in nullius favorem adjectus jam ex poſt facto reperiatur, non niſi fruſtrà expectaretur argumento textus in *leg. aliquando 13. ad Velleian.* ſimiliter ergo certus dies, qui hæredis inſtitutioni in nullius gratiam adjicitur, non expectatur, ſed tamquam nudum præceptum teſtatoris negligitur, idque ſibi voluiſſe Juſtinianum crediderim, qui in *dict. §. 9. inſt. de hæred. inſt.* Sic ait: *Deniquè diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet.* Supervacuum, & merito diem inſtitutioni adſcriptum appellans, tamquam in nullius favorem appoſitum, cum ſupervacuum, vel calepino teſte, propriè illud ſit, quod nec neceſſarium, nec alicujus uſus eſt, & dies inſtitutioni in nullius favorem adſcriptus nec neceſſarius, nec alicujus uſus, aut utilitatis ſit, quem idcirco, ad conditionis diſcrimen, non expectari, ſed negligi Juſtinianus non obſcurè ſignificat.

Sed tunc graves & ab interpretibus prætermiſſæ difficultates occurrunt. Prima ex eo quod 9

ſi dies certus hæredis inſtitutioni adſcriptus tamquam in nullius gratiam adjectus, & nudum teſtatoris præceptum non expectaretur, id ſine ulla controverſia ſtricto adhuc jure attento, admiſſum ab omnibus conſultis fuiſſet, cum expeditum ſit, diem qui in nullius gratiam adjicitur, non expectari, ſed negligi, *dict. leg.* 1. §. 9. *dict. leg.* 6. §. *ult. dict. leg.* 16. §. 7. *ad Trebell.* Atqui diem certum inſtitutioni adſcriptum non expectari, ſed rejici, non niſi poſt conſultorum controverſiam, & juxta æquitatem potius, quam ſtricti juris diſciplinam, tandem obtinuit, ut denotat verbum illud, *placet*, quo utitur Juſtinianus in *dict.* §. 9. *de hæred. inſt.* Ergo quod dies inſtitutioni adſcriptus non expectatur, non ex eo provenit, quod adjectus in nullius favorem cenſeatur. Secunda ex eo quod aditionis hæreditatis dilatio, & inſtituto hæredi, & hæreditariis debitoribus poſſet eſſe proficua; inſtituto hæredi, ut ſuper adeunda, vel repudianda hæreditate deliberet, & vel amplius forſan temporis ſpatium obtineat, quam quod à Prætore vel Principe poſſet impetrare, de quo *in l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de jur. deliber. l. ult.* §. *& hæc quidem* 13. *C. eodem tit.* vel ſaltim ab impetrationis moleſtiis ſit immunis; hæreditariis autem debitoribus, ut interim ad ſolutionem non urgeantur, ſed temporis commodo fruantur, quod non leve eſſe conſtat, *ex leg. non ſolum* 8, §. 1, & 2, *leg. Aurelius* 28. §. *centum* 8. *de liber. leg.* §. *ſi quis debitori ſuo* 13. *in fin. inſt. de legatis, junct.* §. *fidejuſſores* 5. *in fin. inſt. de fidejuſſoribus.* Ergo adſcriptus hæredis inſtitutioni dies, nec ſupervacuus omnino, nec nudum teſtatoris præceptum eſt: Tertia nam ubi ex die certo fit inſtitutio, aditionis hæreditatis dilatio utilis ſumme eſt venientibus ab inteſtato, non quidem ut interim ad hæreditatem vocentur, quod juris regula prohibet, ſed ad hoc ut ſi forſan inſtitutum hæredem antè diem venientem, & ſic ante aditam hæreditatem ſacti munus implere contingat, ab inteſtato ad hæreditatem admittantur, quod juris regulis quam optimè congruit, juxta quas per mortem inſtituti hæredis ante hæreditatis aditionem contingentem teſtamentum deſtituitur, & legitimi ad hæreditatem vocantur, §. *poſteriore* 2. *inſt. quibus modis teſtam. infirm.* Ergo dies inſtitutioni adjectus tamquam ab inteſtato venientibus utilis debet expectari; probatur conſequentia: ſicuti dies, qui in nullius gratiam adjicitur, non expectatur ſed negligitur, ſic nec conditio expectatur, ubi nihil ejus eventus operatur, *dict. leg.* 16. §. *ult. ad Velleian.* & tamen adſcripta inſtitutioni conditio ideo expectatur, quia in venientium ab inteſtato favorem adjicitur, non quidem ut interim ad hæreditatem vocentur, ſed ad hoc ut ſi inſtitutus hæres antè conditionis exiſtentiam, aut implementum, & ſic antè aditam hæreditatem decedat, ab inteſtato hæredes exiſtant: ergo & certus dies, qui inſtitutioni adjectus eumdem in venientium ab inteſtato gratiam poteſt effectum operari, debet conditionis ad inſtar expectari.

10 Veriſſimam tamen adhuc ſupra traditam inter diem certum, & conditionem differentiæ rationem exiſtimo; & primæ difficultati reſpondeo, quod ſi certus dies hæredis inſtitutioni in nullius gratiam evidenter adjiceretur, ſtricto etiam jure inſpecto prorſus negligeretur, ſed tamen quia in venientium ab inteſtato favorem adjicitur, ut interim hæreditatem acquirant, prout poſteà in tertiæ difficultatis ſolutione fundabo quod juris regula prohibet, exorta inter conſultos fuit controverſia, quam indicat Juſtinianus *in dict.* §. 9. *de hæred. inſt.* Quorum aliqui ſtricto juri inhærentes propter temporis vitium inutilem eſſe inſtitutionem forſan exiſtimarunt, alii vero quorum & merito ſententia prævaluit, temporis potius adjectionem, quam inſtitutionem vitiandam ea æquitatis ratione ſubnixi conſuerunt, quia ſcilicet favorabilior, & potentior teſtamenti, quam inteſtatæ ſucceſſionis eſt cauſa *leg. ſi pars* 10. *de inofficioſo teſtamento leg. vel negare* 5. *quemadmodum teſt. aper.* quod innuiſſe Papinianus videtur dum in *dict. leg.* 34. *de hæred. inſt.* vitio temporis ſublato manere inſtitutionem ſcripſit. Secundæ difficultati reſpondeo quod ſi nemo eorum urgeat, quorum intereſt, hæreditatem ſtatim adiri, vel repudiari, liberum tamdiu hæredi eſt hæreditatem amplecti, quamdiu eam non repudiaverit, ut communiter docent interpretes *in* §. *in extraneis* 5. *inſt. de hæred. qualit. & differ.* Cæterum ſi eorum, quorum intereſt, aliquis urgeat, evenire quidem facile poſſet, ut aditionis dilatio intra diem inſtitutioni præſcriptum inſtituto hæredi proficeret, ut vel amplius forſan temporis ſpatium ad deliberandum obtineret, quam quod à Prætore, vel à principe impetraret, vel ſaltem impetrationis moleſtiam evitaret; verum nec eo animo inſtitutioni diem teſtator adſcripſit, ut longius inſtituto hæredi temporis ſpatium ad deliberandum tribueret, qui immò ſi ante diem adire non poſſet, & interim legitimi ſucceſſores ad hæreditatem ab inteſtato vocarentur, nec ſi eo animo inſtitutioni diem teſtator appoſuiſſet, ut largius inſtituto hæredi ad deliberandum temporis ſpatium concederet, eo magis expectandus dies eſſet, immo tunc liberum inſtituto hæredi foret etiam antè diem venientem hæreditatem adire, nec enim diem in ſui favorem adſcriptum expectare quiſquam cogitur ex generali regula textus *in leg. ſi judex* 41. *de minoribus. leg. pen. C. de pactis.* quia in contractibus dies plerumque in gratiam debitoris adjicitur, ei, qui in diem certum promiſit, etiam reluctanti creditori, ante diem ſolvendi facultas competit, in veriori ſententia quam probant textus in *dict. leg.* 38. §. 16. *de verb. oblig. & in dict.* §. 2. *inſt. eodem & in Academicis de die certo, &c. cap.* 1. ex profeſſo fundavi. Et quia in legatis dies, ut in plurimum in hæredis favorem adſcribitur, in diem relictum legatum hæres antè diem legatario ſolvere jure poteſt *dict. leg.* 1. §. 1. *de C. & D.* & quia dies in depoſiti contractu, non in depoſitarii, ut potè qui nullum ſentit compendium, ſed tædioſam ſubiit cuſtodiam *leg.* 1. *in principio depoſiti.* §. *furtum* 6. *inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ſed in ſolius deponentis gratiam adjicitur, ante diem etiam depoſiti repetendi libera deponenti facultas eſt *dict. leg.* 1. §. 45. *cum* §. *ſequenti depoſiti.* Sed nec propter hæreditarios magis debitores adſcriptus inſtitutioni dies expectandus eſt. Tum quia nec in eorum gratiam inſtitutioni diem teſtator adſcripſit, qui nec de eis forſan cogitavit; tum quia nec aditionis dilatio, etſi maximè dies expectaretur, hæreditariis debitoribus, quidquam prodeſſet, quos immo vel legitimi hæredes, ſi

admitti poſſent, vel curator interim, dum jaceret hæreditas, bonis datus, vel directis, vel utilibus poſſent actionibus convenire, & ſolutionem ad urgere *l. 2. §. 1. l. 3. de curator. bon. dand.*

11 Tertia ſanè magis difficultas urget, ex cujus ſolutione ſuperior inter diem certum, & conditionem, ratio differentiæ protinus illuſtrabitur, & cui reſpondendum arbitror, quod ſi in gratiam venientium ab inteſtato eo expreſſim animo diem inſtitutioni teſtator adjiceret, ut ſcilicet ſi inſtitutus antè diem decederet, ad hæreditatem legitimi vocarentur, veluti ſi hæredem ita inſtitueret, *ſi ad annum, vel ad biennium perveneris, hæres eſto.* Dies profectò expectaretur, & conditionis ad inſtar, omninò inſtitutionem ſuſpenderet, argumento textus in *dict. l. 33. in princ. de vulgar.* Dies autem ſic inſtitutioni adſcriptus, incertus ſine dubio eſſet, cum an inſtitutus ad tempus à teſtatore præſcriptum perventurus ſit, prorſus ignoretur; at ubi ex certo die hæredem ſimpliciter teſtator inſtituit, veluti ſub hac formula poſt Kalendas illlas hæres eſto, vel ſub alia ſimili, in gratiam quidem venientium ab inteſtato diem cenſetur adſcribere, non tamen ad hoc, ut inpendenti ſit inſtitutio, & hæreditas interim jaceat, etſi inſtitutus hæres antè diem deceſſerit, ad hæreditatem vocentur, ſed ut interim antè diem ſcilicet venientem, ad hæreditatem admittantur, quod quia juris regula prohibet, dies non expectatur, ſed rejicitur: eam autem hæredem ſic inſtituentis eſſe voluntatem, & illud evincit, quod ubi miles, in cujus teſtamento militari jure confecto, civilibus neglectis ſubtilitatibus, ſolius voluntatis ratio habetur, ex die certo ſimpliciter hæredem inſtituit, id velle cenſetur, ut interim legitimi ad hæreditatem vocentur, & quia privilegiario jure poteſt pro parte temporis teſtatus, & inteſtatus pro parte decedere, hæreditas antè diem legitimis hæredibus ab inteſtato defertur, & poſt diem ad inſtitutum hæredem ſpectat *l. in fraudem 15. §. miles 4. dict. l. in principio de teſtamento militis*, & illud præterea evincit, quod in *leg. poteſt 56. de hæred. inſt.* teſtatorem hæredem ita inſtituere jure poſſe, *ſi intra annum ſeptuageſimum deceſſero hæres eſto*, Paulus ſcribit. Rationem præſtat, *nec enim pro parte teſtatus intelligi debet, ſed ſub conditione inſtituiſſe*, quaſi dicat ſub ea conditione, quæ certo ſpatio circumſcribitur, inſtitutionem rectè concipi, ut conſtat ex *dict. l. 3. §. 31. ad Syllanian.* & aliis juribus adductis *num.* 6. quibus & addendus eſt textus in *l. qui filio 38. §. 1. de hæred. inſt.* & conditionalem omninò eſſe argumento textus in *l. 1. §. 1. de regula Catoniana*, & idcircò conditionem expectari, quia cum interim in pendenti ſit inſtitutio, & hæreditas jaceat, non poteſt pro parte temporis inteſtatus paterfamilias intelligi deceſſiſſe, ad differentiam ex die certo conceptæ inſtitutionis, in qua ſi dies expectaretur, efficeret, ut pro parte temporis teſtatus, & inteſtatus pro parte circa juris regulam paterfamilias decederet. Et rurſus non aliam hæredem ex certo die ſimpliciter inſtituentis eſſe voluntatem, ſic fortiter à ratione probatur, adſcriptus inſtitutioni dies per ſe ſolus ſuſpendere hæreditatis aditionem non poteſt, nam dies ſui natura numquam diſpoſitionis ſubſtantiam, ſed ſolam executionem ſuſpendit, ut ſuprà diximus; profectò verò ſi inſtitutioni adſcriptus hæreditatis aditionem ſuſpenderet, vi ipſa contra naturam ſuam ſubſtantiam etiam ipſam inſtitutionis & hæreditatis delationem ſuſpenderet, nec quidquam à conditione differret, quin imò nec termini dantur, in quibus non ſuſpenſa inſtitutionis ſubſtantia per diem certum ejus executio ſuſpendatur, quia tum demum certus dies executionem remoratur, cum aliquis datur, qui poſſit diem, & ex eo dimanantem dilatoriam, & temporalem exceptionem antè diem experiri volenti objicere *l. 3. verſic. temporales de exceptionibus §. temporales 10. inſt. eod. tit. cum ſimilibus.* At ubi ex die inſtitutus hæres antè diem vult hæreditatem adire, nullus ſanè eſt, qui diem objicere, & aditionem poſſit impedire; nam inſtitutus hæres immediatè teſtatori ſuccedit, nec ab alio, aut debet, aut poteſt hæreditatem habere, ut conſtat ex hæreditatis definitione, quæ extat in *l. nihil eſt aliud 24. de verb. ſign.* & probari ab argumento ſolet ex *leg. hereditas 50. §. 1. in fin. de petit. hæredit. ex leg. Quintus Mutius 7. verſic. Pomponius de ann. leg.* prout poſt Barthol. Bald. Angel. & antiquiores alios ad rem noſtram ratiocinantur Antonius Gomez 1. *variar. cap. 2. num.* 8. & Bellonus *de jur. accreſc. d. tr. cap. 7. quæſt. 16. num. 4. cum ſequenti.* Non igitur eo animo diem inſtitutioni cenſetur teſtator adſcribere, ut interim & hæreditas jaceat, & in pendenti ſit inſtitutio, cum id operari dies certus non poſſit, ſed potius ut legitimi hæredes interim ad hæreditatem ab inteſtato admittantur, quod ſolum niſi juris regula prohiberet, poſſet juxta teſtatoris judicium hæreditatis ex teſtamento delationem, & aditionem ſuſpendere, ſi enim legitimi adire interim ab inteſtato poſſent, inſtitutum hæredem antè diem, & ſic contra teſtatoris voluntatem ex teſtamento hæreditatem petentem oppoſita doli mali exceptione jure repellere argumento textus in *leg. apud Celſum 4. §. præterea 10. de dol. mal. & met. exceptione.* Verum cum juris regula teſtati, & inteſtati concurſum non admittat, dies, qui eo dumtaxat animo, & ſic contra juris regulam in ab inteſtato venientium gratiam inſtitutioni appoſitus invenitur, non expectatur, ſed rejicitur, ſeu negligitur.

Nec quod ex die certo inſtitutus hæres antè 12
diem poſſit decedere, in cauſa eſſe debet, ut eo animo dies inſtitutioni adſcriptus à teſtatore cenſeatur, ut ſcilicet interim hæreditas jaceat, etſi inſtitutus forſan antè diem, & ſic antè aditam hæreditatem deceſſerit, inteſtatæ ſucceſſioni ſit locus; nam certus dies, cum non poſſit non venire, & nullam contineat incertitudinem, non poteſt conditionis vicem gerere, & ſubſtantiam inſtitutionis ſuſpendere, quemadmodum & licet is, cui in diem certum relictum legatum eſt, antè diem poſſit decedere, quia tamen certus dies ſuſpendere legati ſubſtantiam non poteſt, ex die certo relictum legatum ſtatim à morte teſtatoris cedit, & antè diem etiam ad legatarii hæredem tranſmittitur *dict. l. 21. quando dies l. cum ſimil.* junctis quæ dixi in Accademicis *ad eundem tit. cap. 1. num. 25. & cap. 4. num.* 7. Unde nec conditionis exemplum refragatur, quæ non ex eo, quod inſtitutus poſſit antè ejus exiſtentiam

vel implementum decedere, ſed quia incertitudinem continet, & ſe habet ad eſſe, vel non eſſè, cum vel exiſtere poſſit, vel deficere, & inſtitutionis ſubſtantiam ſuſpendit, & in id adſcribitur à teſtatore, non ut intetim legitimi admittantut, ſed ut interim hæreditas jaceat, & ſive extiterit, teſtamentariæ, ſivè defecerit, inteſtatæ ſucceſſioni ſit locus, ut vel ex eo conſtat, quod & in militis teſtamento, cujus ſola voluntas in teſtando expectatur adſcripta inſtitutioni conditio eundem effectum operatur, & idcirco indiſtinctè in ab inteſtato venientium gratiam expectatut, ut ſi defecerit, ad hæreditatem ipſi admittantur.

13 Sed tunc doctrinam hanc pungit acriter tertia difficultas ſupra expenſa *num.* 1. cui ſine duce reſpondeo, quod certus dies uſusfructus legato, tutelæ, aut libertati adſcriptus à teſtatore ideo expectatur, quia numquam ſupervacuo, ſed in alicujus gratiam, & utilitatem, jure permittente ſemper adjicitur, ut ecce quoties uſusfructus ex die certo relinquitur, dies in hæredis gratiam adſcribitur, qui plenam interim obtinet proprietatem *dict. l. unic. §. item ſi ex die 3. quando dies uſufructus leg. ced. l.* 1. §. 1. argumento textus in *leg ſi ſub conditione 16 quibus modis uſusfructus amittatur.* Et ubi ex certo die teſtamento tutor datur, dies manifeſtè in tutoris favorem adjicitur, qui ab adminiſtrationis incommodis interim relevatur *dict. l. 11. de teſtamentaria tutela.* Et denique quoties ſervus ex die certo liber eſſe jubetur, dies in hæredis gratiam apponitur, qui interim plenum ſetvi dominium obtiner, ut vel ex eo apparet, quod ſervus ex die certo liber eſſe juſſus, ſtatu liber interim eſt *l.* 1. *in principio de ſtat. liber.* Statu verò liberi dominium medio tempore pleno jure hæredis eſt, *non ideo minus 66. de rei vindic. l. & poſt litem* 12. §. *ult. in fin. famil. ercisc. l.* 1. §. *ſervi* 4. *in fin. ad Syllanian. l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quibus*: hoc autem ipſo, quod dies uſusfructus legato, libertati, aut tutelæ in teſtamento adſcriptus debeat, aut in hæredis gratiam, aut in tutoris favorem expectari, non poteſt non conditionis vicem getere, & ſubſtantiam etiam ipſam diſpoſitionis ſuſpendere, nam hoc ipſo, quod ex die relictus uſusfructus antè diem in exercitio conſtitui non poteſt, & licet antè diem ceſſiſſe, ſeu quoad ſubſtantiam conſtitutus dici poſſet, non eo magis ad hæredem tranſmitteretur, *l. 3. §. ult. quibus modis uſusfructus amitt.* & præcipuus ceſſionis effectus in tranſmiſſione conſiſtat *l. Sempronius de uſufructu legato*, non niſi fruſtra antè diem cedere, ſeu quoad ſubſtantiam conſtitui diceretur, ut arguit Ulpianus in *l. 2. & 3. quando dies leg. ced.* quod idem ex rationis identitate de libertate ex die certo relicta dicendum eſt, & ad tutelam ex certo die teſtamento mandatam expectat, quippe cum tutela in exercitio, ſeu onere adminiſtrationis conſiſtat, & tamquam perſonalis ad hæredem tranſmitti non poſſit, exercitio, ſeu adminiſtrationis incommodo per diem certum ſuſpenſo, non niſi fruſtra tutelæ jus antè diem ceſſiſſe, ſeu quoad ſubſtantiam conſtitutum diceretur, quæ ſingula diligentius fui proſecutus *in Academicis de die certo diſcept. 2. ex num. 8. & ad tit. quando dies leg. ced. cap. 2. num. 6. cum pluribus ſeqq.* At certus dies inſtitutioni adſcriptus, quia utiliter in nullius gratiam adjicitur, non expectatur, ſed rejicitur. Si dicas diem his omnibus adjectum, quæ ad hæredes tranſmitti non poſſunt, conditionis vicem gerere; reſpondeo regulam illam in his dumtaxat procedere, quæ etiam in actu exercito ad hæredes tranſmitti non poſſunt, veluti uſufructu, libertate & tutela, & quorum ideo ſubſtantiam certus dies ad inſtar conditionis ſuſpendit, quia eorum executione ſuſpenſa, non niſi fruſtra & ſine ullo juris effectu ſubſtantia, ſeu jus ante diem de præſenti exiſtere diceretur, ad hæredis autem inſtitutionem non pertinere, nec enim hæreditas ante diem fruſtra defertur, quæ licet nondum adita ad hæredem tranſmitti non poſſit, ſemel tamen per aditionem acquiſita ad quemcumque ſucceſſorem tranſmittitur *leg. ſi quis filium 7. §. ult. de acquir. hæred. cum ſimilibus.* Certus igitur dies inſtitutioni adſcriptus conditionis vicem non gerit, nec in id adſcribitur, ut interim hæreditas jaceat, ſed potius ut interim inteſtatæ ſucceſſioni ſit locus, quod quia juris tegula prohibet, vitio temporis ſublato pura remanet inſtitutio.

Habemus jam, quod hæredis inſtitutio rectè ſub conditione concipitur. Hinc provenit quod & ſub incerto die rectè fit, cum incertus dies in teſtamento conditionem faciat juxta generalem Papiniani ſententiam in *leg. dies incertus 75. de C. & D.* & quidem ſi dies incertus omnino ſit, id eſt, ſi an futurus ſit, prorſus ignoratur, à conditione non differt *dict. leg. 21. verſiculo at ſi incerta quando dies leg. ced.* immo & conditio appellatur in *leg. talis 30. §. ſed & ſi ſub conditione 4. de legatis 1. leg. 1. §. ult. ut leg. nom. cav. leg. cum teſtator 8. C. de teſtament. manumiſſ.* ut ecce ſi aliquis ſic hæres inſtituatur, *cum erit annorum quatuordecim vel cum ad pubertatem pervenerit*, perinde eſt, ac ſi ſic inſtitutus eſſet: *ſi annorum erit quatuordecim; vel ſi ad pubertatem pervenerit*, textus ſic intelligendus in *dict. leg. 33. in princip. de vulgari junct. leg. ſi cui legetur 49. §. 1. cum duobus ſequentibus de legatis 1. dict. leg. 21. quando dies leg. ced.* ſimiliter & ſub hac formula *cum capere poterit*, rectè quis hæres inſtituitur *leg. in tempus 62. in principio de hæred. inſt.* quia in capiendæ hæreditatis tempus, cum an venturus ſit, prorſus ignoretut, incertum omnino eſt, & à conditione non diſtat; ſed quando in difficilem, quamvis vulgarem textum incidimus, eum licet obiter juvat noviter explicare: *ait modeſtinus in tempus capiendæ hæreditatis inſtitui hæredem poſſe benevolentiæ eſt*, ſentit ergo quod ſub incerto prorſus die vel ſub conditione concepta inſtitutio ſola æquitatis ratione defenditur, nec quidquam refert, an certus, incertuſve dies inſtitutioni fuerit adſcriptus. Rurſus vel modeſtini deciſio ad eum tefertur, cum quo teſtamenti factio non eſt, veluti deportatum, aut peregrinum, ut falſo poſt plures ex antiquioribus exiſtimarunt. Donell. 6. *comment. cap. 17. & lib. 8. cap. 6.* Oſſuald. *ad eundem dict. lib. 8. cap. 13. littera F.* quibus & conceſſiſſe mitor in omnibus diligentiſſimum & in hac re nulli ſecundum illuſtr. *Ramos 4. ad leg. Jul. & Pap. reliq. 32. n. 19.* & tunc ſive ſtricti juris ſive æquitatis rationem intueamur, inutilis omnino inſtitutio eſt, cum certi juris ſit, eum, qui paſſivæ teſtamenti factionis eſt expers, ſub condi- 14

Digitized by Google

tione non minus quam purè inutiliter hæredem inſtitui ex regula textus in *leg. ſi alienum* 49. §. 1. *leg. liber homo* 59. §. *ſi hæres* 4. *de hæred. inſt.* §. *in extraneis* 4. *verſiculo medio autem tempore inſt. de hæred. qual. & differ.* Goffred. in *dict.leg.* 49. §. 1. *ex num.* 13, Antonius Faber. 12. *conject. cap.* 19. Oſſuald. ad Donell. 6. *comment. cap.* 17. *duplici littera B. B. & lib.* 8. *cap.* 13. *littera E. cum ſequenti*, & Valeotia ſibi quodam modo contrarius 3. *tract. cap.* 3. *n.* 5. Cheſius 1. *interpret. cap.* 1. *num.* 7. *cum duobus ſequentibus & cap.* 3. *ex num.* 30. omnino videndus pro explicatione textus in *leg. placet* 4. *de regula Catoniana* cujus præcipuè authoritate decepti contrarium tenuere Cujac. 4. *obſerv. cap.* 4. & *lib.* 15. *quæſtionum. Papin. in leg.* 3. *de regula Catoniana & Oroz* 1. *de apicibus cap.* 9. *num.* 22. *cum ſequenti*: vel ad eum, qui enm paſſiva gaudeat teſtamenti factione, aut ſolidum, aut partem capere ex teſtamento non poteſt, veluti cælibem; vel orbum, ſpectat, & tunc ſtricto etiam jure ſubſiſtere debuit inſtitutio, quin opus eſſet ad benevolentiæ, ſeu æquitatis aſyllum confugere, nam qui paſſivam teſtamenti factionem habuerunt, etſi aut ſolidum; aut partem capere non poſſent, ſtricto jure etiam purè hæredes inſtitui olim potuerunt, *Ulpianus in fragmento tit.* 22. *qui hæred. inſt. poſſ.* § *cum quo* 2. *in fin.* textus ſic intelligendus in *leg. ſi ſervus ejus* 82. *de acquir. hæred.* fortiori igitur ratione ſub condirione, & in incertum capiendæ hæreditatis tempus ſtricto etiam jure hæredes inſtitui potuerunt.

15 Quibus difficultatibus reſpondeo quod etſi regulàriter ſub incerto die, aut ſub conditione concepta inſtitutio ſtricto jure ſubſiſtat, incapacis tamen inſtitutio in incertum capiendæ hæreditatis tempus collata in terminis textus in *dict. leg.* 62. *in principio de hæred.inſt.* quæ ſtricto jure ſubſiſtere tamquam conditionalis non poterat, ſola benevolentiæ ſeu æquitatis ratione defenditur. Cujus rei, ut veram propriamque rationem conſtituam, ſuppono textum *in dict. leg.* 62. non quidem de eo, qui paſſivæ teſtamenti factionis eſt expers, accipi debere, ex anteriori *num.* dictis, immò ad eos, qui cum paſſivam teſtamenti factionem haberent, aut ſolidum aut partem capere, ex teſtamento non poterant, referendum, ut cum judicio animadvertunt Gothofredus in *dict. leg.* 62. *Cheſius dict.lib.* 1. *cap.* 1. *ex num.* 10. *Arnol. Vinnius in dict.* §. 9. *inſt. de hæred. inſt. num.* 6. *& præceptor meus D. D. Didacus de la Serna in M. S. de acquir. hæred. dict. illat.* 5. *num.* 8. hi quidem ſtricto etiam jure, ſive purè ſive ſub conditione hæredes olim poterant inſtitui, & ſi quidem *intra dies* 100. Cretionis legibus paruiſſent, veluti ſi cælebs nuptias contraxiſſet, aut filium orbus ſuſcepiſſet, cum effectu integram hæreditatem capiebant, ſi vero intra cretionis tempus ſeu terminum legibus non paruiſſent, aut as, aut hæreditatis ſemis in caduci cauſa conſtituebatur, & fiſci juribus vindicabatur, Hinc ſi in incertum capiendæ hæreditatis tempus fuiſſent inſtituti, temporis adjectio, ſeu quam incertum illud tempus importat, conditio, pro non ſcripta haberi debere videbatur, ita ut perinde maneret inſtitutio, ac ſi purè concepta fuiſſet, illa namque temporis adjectio, ſeu conditio, & caducarias leges offendit, & in fiſci fraudem adjicitur, dum laxiorem præſtituit terminum, intra quem, ſi legibus incapaces paruerint, integram cum effectu poſſint hæreditatem percipere, ut ex eo dignoſcitur, quod tota legibus obtemperandi, & hæreditatis cum effectu capiendæ facultas, quæ ſi abſque illa temporis adjectione concepta inſtitutio fuiſſet 100. dierum ſpatio conſtringeretur, ſub ea temporis adjectione inſtitutione concepta per integrum incapacium vitæ tempus perſeverat, nec ante eorum obitum terminatur, quod & caducariis legibus, & fiſci, ſimul commodis adverſatur, conditiones vero quæ circa leges inſtitutionibus adjiciuntur pro non ſcriptis habentur *leg. conditiones* 14. *hoc tit.* Verum conditionem non detrahendam, immò tamquam conditionalem inſtitutionem ſubſiſtere, benevolentiæ ſeu æquitatis ratione ſubnixus Modeſtinus reſpondit, quæ non ex eo provenit, quod conditionalis hujuſmodi inſtiturio ſit, certum vero dierum ſpatium caducariis legibus præſtitutum in puris dumtaxat inſtitutionibus locum habuit, non in condirionalibus, in quibus teſtamenti factione ſuppoſita, antè conditionis exiſtentiam de capacitate, vel incapacitate non diſceptatur, etſi cælebs, vel orbus hæres ſub conditione inſtitutus, antè conditionis exiſtentiam, aut nuptias contraxiſſet, aut filium ſuſcepiſſet, hæreditatem capere cum effectu potuit, ut mihi probat textus in *leg. non oportet* 52. *de legatis* 2. *ubi quod lib.* 3. *ad leg. Jul. & Pap.* Scribit Terentius clemens non prius oportere de conditione ſeu capacitate cujuſquam quæri, quam hæreditas, aut legatum ad eum pertineat, quamvis proprius ad latinum Junianum ſpectet, ad cælibem etiam, & orbum æquè pertineat, argumento textus ſic intelligendi, qui ejuſdem Terentii Clementis eſt, deſumpti *ex tit.* 5. *ad leg. Jul. & Pap. in leg. delata* 151. *de verb. ſign. prou. agnovit* illuſtr. Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 32. *num.* 15. nec negat D. Retes *de interd. & releg. num.* 30. Atqui in conditionalis inſtitutionis cauſa antè conditionis exiſtentiam hæreditas non defertur, *dict. leg.* 13. *in principio de acquir. hæred.* ergo in conditionali inſtitutione non prius erit de hæredis capacitate quærendum, quam conditio extiterit; nam hæc doctrina in incapacis inſtitutione ſub quacumque alia conditione concepta, quæ in fraudem legum adjecta diei non poſſit, locum habet, non in inſtitutione in incertum capiendæ hæreditatis tempus collata, quæ in legum & fiſci fraudem concepta videtur; ſed ex eo potius, omiſſo Cheſio *dict. lib.* 1. *cap.* 1. *num. ult.* derivatur quod etſi caducariæ leges 100. dierum ſpatium præſtituiſſent, non tamen ideo teſtatori laxiorem terminum, intra quem capax inſtitutus hæres poſſet fieri, præfigere prohibuiſſe benigna interpretatione creduntur, quippè cum tota caducorum obſervatio, tamquam odioſa juris conſultis diſplicuiſſet, ut Juſtinianus præfatur *in leg. unic. in principio C. de caducis.* & Modeſtino præcipuè (potius quam adjuvari) qui eo forſan reſpexit in *l. eo non puto* 10. *de jur. fiſc.* Caducariæ leges eorum interpretatione reſtringi potius, quam adjuvari ſolebant. Hinc in incertum capiendæ hæreditatis tempus incapacis collata inſtitutio in *dict. l.* 62. tamquam conditionalis, benignè à Modeſtino defenditur, eo effectu, ut quandocumque ſic inſtitutus hæres capere poſſit, cum

Digitized by Google

effectu hæreditatem acquirat, argumento textus in *l. ſi ita quis* 51. *in princ. & §. 1. de legatis* 2. quaſi conditio illa non in legum fraudem cenſeatur adjecta, quæ legibus expreſſim improbata non fuiſſet, quaſi qui ſic hæredem inſtituit teſtator, legibus potius obtemperare, quam fraudem irrogare voluiſſe cenſeatur, ut ſuadent à ſimili elegantes ad rem textus in *l. ſi locuples* 67. *circa finem de manum. teſtamento & in l. cum hæreditas* 5. §. 1. *qui & à quibus*, quos felicius meo qoidem judicio expoſuit Antotiius Faber in *Papin. tit.* 6. *principio* 2. *illat.* 2. quam D. Retes 2. *opuſc. ſect.* 1. *cap.* 10. *ex num.* 12.

16 Ad eamdem ſub incerto die conceptæ iostitotionis claſſem ſpectat difficilis non minus, quam vulgaris textus in *l. quoties* 9. §. *ſi ſervus* 17. *de hered. inſt.* ubi docet Ulpianus quod ſi ſervus ex die certo liber eſſe juſſus, & purè hæres inſtitutus ſit, ſi quidem in eadem cauſa permanſerit, id eſt, ſi nec alienatus fuerit, nec manumiſſus, veniente die libertatis, quæ hæreditatem moratur, liber, & neceſſarius hæres exiſtit. Quæ Ulpiani ſententia evincere adverſus ſuperius dicta videtur certum diem inſtitutioni adſcriptum, non minus quam conditionem expectari. Nec difficultati ſatisfaciet, qui cum Cujacio *tract.* 2. *ad Africanum in dict. l.* 33. *de vulgar.* Pichardo in *dict. §. heres* 9. *inſt. de hered. inſt. num.* 23. & aliis quos referunt, & ſequuntur Oſſuald. *dict. tit.* 6. *cap.* 18. *littera B.* & Bellonus *de jur. accreſc. dict. cap.* 7. *queſt.* 16. *num.* 47. *cum ſequenti*, dixerit certum diem in *dict. l.* 9. §. 17. non expreſsè, ſed tacitè & per conſequentiam adjectum inſtitutioni fuiſſe, & idcirco expectari debere argumento textus in *l. nonnumquam* 52. *de C. & D.* Nam una eademque ratio latè in ſuperioribus illuſtrata diem certum, ſivè tacitè, ſivè expreſsè inſtitutioni adſcriptum, non expectandum, ſed negligendum evincit, Dicendum itaque potius eſt cum Goffredo in *dict. l.* 72. *de acquir. hared. num.* 4. & Valentia *dict. lib.* 3. *tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 28. *circa finem.* Non ſub certo, imò ſub incerto prorſus die in *dict. l.* §. 17. inſtitutionem fuiſſe conceptam, tum quia cum ſervus exiſtere non prius hæres poſſit, quam libertatem fuerit adeptus, quoties ex die certo liber eſſe jubetur, & purè hæres inſtituitur, perindè habetur, ac ſi ſic fuiſſet inſtitutus, cum liber erit, vel cum capax erit, & ſic ſub incerto die, argumento textus in *dict. l.* 62. *de hered. inſtit.* tum quia certus dies libertati adſcriptus, ut ſupra dixi pro incerto habetur, ac ſi cum ad Kalendas pervenerit, liber eſſe juſſus eſſet, *dict. l.* 36. §. *ult. ad leg. falcidiam.* Sed dies eodem ſenſu, quo libertati adſcribitur, etiam adſcriptus inſtitotioni cenſetur, quæ nec utilis aliter eſſe poteſt, quam ſi in competentis libertatis tempus differatur, *l.* 3. §. 1. *l. qui filio* 36. §. *ſi quis ſervum* 2. *de hered. inſtit.* ergo quoties ſervus ex die certo liber eſſe jubetur, & purè hæres inſtituitur, quemadmodum ſic liber eſſe jubetur, *cum ad diem pervenerit*, ſic etiam hæres inſtitutus intelligitur; tum ſic, ſed quæ ſub hac formula fit inſtitutiu, ſub incerto tempore, & ſic ſub conditione concipitur, argumento textus in *dict. l.* 33. *de vulgari*, ut dixi *num.* 11. ergo in *dict. l.* 9. §. 17. non ſub certo, ſed ſub incerto potius die concepta fuit inſtitutio, qui ad inſtar conditionis expectatur, Si quæras, in cujus gratiam incertus ille dies inſtitutionis ſubſtantiam remoratur! Facilè reſpondebo in ab inteſtato viventium gratiam inſtitutionem per incerti illius diei adjectionem ſuſpendi, qui ſi antè diem ſervus deceſſerit. poterunt ad legitimam ſucceſſionem admitti, & tam libertatis, quam acquirendæ hæreditatis dilationem forſan poſſe hæreditariis creditoribus eſſe proficuam, ſi hæreditas interim ex quavis cauſa per ſervum ipſum tamquam hæreditarium augeatur ex regula textus in *l. ejus, qui in provincia* 41. *de rebus cred. l. ſervus* 35. *de ſtipulatione ſerv. princ. inſt. eodem tit.* qui alioquin ſi purè & liber eſſe juſſus, & hæres fuiſſet inſtitutus, ea omnia, quæ poſt domini mortem acquiſiiſſet, ab hæreditariis bonis ſeparare, & ſibi reſervare ex Prætoris poſſet beneficio. de quo in *dict. l.* 1. §. 1. *de ſeparat. & in princ. inſt. de hared. qual. & differentia.* Donell. 7. *comment. cap.* 1. Anton. Faber *de error. dec.* 2. *error.* 2. *& in Pap. tit.* 6. *princ.* 5. *illat.* 3. quamvis ut quod ſentio dicam, non in hæreditariorum creditorum, de quibus forſitan teſtator non cogitavit, ſed ſolum in ab inteſtato venientium gratiam, incertus ille dies, qui adſcriptus inſtitutioni cenſetur, ejus ſubſtantiam ad inſtar conditionis ſuſpendat.

Sed & ſub die qui non ſimpliciter, ſed ſe- 17
cundum quid incertus ſit, id eſt, qui venturus neceſſario ſit, ſed an vivo eo, qui hæres inſtitutus eſt, venturus ſit, ignoretur, utiliter hæredis concipitur inſtitutio, veluti cum tertius aliquis morietur, vel poſt ejus mortem *dict. l. qui filio* 38. *in principio de hared. inſt. l. idem eſt* 19. *de vulgar. l. ab omnibus* 104. §. *cum quidam* 6. *de legat.* 1. Nam dies eo ſenſu incertus in teſtamento conditionis vicem gerit *l. ſi pecunia* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l. quibus* 40. §. *quidam* 2. *de C. & D. cum ſimil.* Hinc Antonii Fabri emendatione rejecta *lib.* 3. *conjectur. cap.* 15. Facilè intelligitur textus in *leg. filius à patre* 28. *in fin. principii de liberis & poſthumis.* Ubi ſi filius ex parte purè ſit inſtitutus, poſt ejus mortem cohæres rectè inſtituitur, quia ſic concepta cohæredis inſtitutio conditionalis omninò eſt *dict. l.* 104. §. 6. *de leg.* 1. quamvis exhæredato filio poſt ejus mortem inſtitui nemo poſſit, *l. ſi ita ſcriptum* 13. §. *alt. de liberis & poſthumis.* Cum filius non niſi poſt mortem ſuam, & ſic inutiliter exhæredatus inveniatur *l. Gallus* 29. §. *in omnibus* 10. *eodem tit. l.* 4. §. *ult. de hered. inſt.* juncta ratione textus in *l. ſi quis Sempronium* 68. *verſic. ſic enim eodem tit. l. filium* 20. *in princ. verſic. ſed cum exhæredato de bonorum poſſeſſione contra tabulas* docent Valentia 3. *ill. tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 16. *circa finem & n.* 17. & Bellonus *dict. cap.* 7. *queſt.* 16. *num.* 80. *cum ſequenti*, qui & conſulendus erit, *ex num.* 273. *uſque ad num.* 287. pro pleniori explicatione textus in *dict. l.* 38. *in princ. de hered. inſt.* Hinc etiam explicari poteſt, quod in *l. ſi quis inſtituatur* 23. *in princ. eodem tit.* Pomponius ſcribit ſub certo, quam ſub incerto die hæredis inſtitutionem jure concipi, quaſi incertum diem illum intelligar, qui incertus omninò ſit, cum vero certum appellet, qui in aliquo ſenſu certus, & incertus in alio ſit, qualis eſt dies mortis tertii, & utrumque conditionalem inſtitutionem reddere doceat juxta

nuper

Digitized by Google

nuper dicta. Niſi cum Accurſio, Goffredo & Cujacio in *dict. l.* 23. dicere quis maluerit eam Pomponii ſententiam eſſe, tam ſub certo, quam ſub incerto die inſtitutionem jure concipi, eo tamen ſervato diſcrimine, quod ubi ex die certo concipitur otio temporis ſublato, pura remaner inſtitutio, ſub incerto vero die concepta non minus quam per conditionem ſuſpenditur.

18 Ex eadem etiam doctrina intelligendus eſt textus in *l. extraneum 9. C. de hæred. i ſt.* cujus diverſæ lecturæ in varias etiam ſententias Interpteres induxere; vulgata lectura, quæ & verior & proprior eſt, ſic ſe habet: *extraneum etiam, cum quis moreretur, hæredem ſcribi ſic placuit*. Cujus planus ſenſus eſt, extraneum non modo purè, verum & *cum tertius aliquis morietur*, hæredem inſtitui poſſe, ad ſui hæredis differentiam, qui quemadmodum ſub caſuali, vel mixta alia conditione eo jure hæres non rectè inſtituebatur, niſi fuerit in conditionis defectum exhæreditatus, ut plenius poſtea dicemus, ſic nec ſub incerto die mortis tertii, qui in teſtamentu caſualis conditionis vicem gerit, hæres aliter poterat inſtitui, ut vulgatam illam lecturam amplexantes docent poſt antiquiores aliquos Connanus 10. *commene. cap.* 6. Bellonus *dict. cap. 7. quæſt.* 16. *ex num.* 72. & Pichardus in *dict. §. hæres 9. inſt. de hæred. inſt. num. ult.* lectura alia ſic ſe habet: *extraneum etiam cum morietur, hæredem ſcribi ſic placuit*, juxta quam extraneum etiam, *cum ipſe morietur*, hæredem inſtitui poſſe plures crediderunt, ex quibus Cujacius 3. *obſerv. cap.* 34. Giphanius & Gotbofredus in *dict. l.* 9. diem mortis hæredis inſtituti non rejiciendum, ſed expectandum tamquam tacitè adjectum aſſeverant. Donellus vero in *dict. l.* 9. & cum aliis Antonius Gomez *dict. 1. tom. var. cap. 2. num.* 11. & Bellonus *dict. cap. 7. quæſt.* 16. *ex num.* 82. in ea hypotheſi vitio temporis ſublato puram manere inſtitutionem exiſtimant, nam dies mortis hæredis inſtituti, cum eo adhuc ſuperſtite non poſſit non venire, certus eſt, *l. hæres meus 79. in princ. de C. & D. junct. leg. qui duos* 18. *§. 1. de manum. teſtamento*, & ut talis non expectandus, ſed rejiciendus ex regula textus in *dict. l. 34. de hæred. inſt.* Ex quibus opinionibus prima diſplicet; tum quia dies mortis hæredis inſtituti juxta ſecundam hanc lecturam inſtitutioni expreſſim adjicitur; tum quia ſi expectaretur, inutilem omninò redderet inſtitutionem, cum ſic inſtitutus extraneus, nec ultimo vitæ momento poſſet hæreditatem adire, *l. ult. quando dies leg. ced.* nec eam nondum aditam ad hæredem tranſmittere *l. unic. §. 5. verſic hæreditatem C. de caducis.* Secunda vero ex eo difficilis redditur, quod teſtator ei, quem in ultimum inſtans vitæ hæredem inſtituit, animum dandæ hæreditatis non habet ex nuper dictis: ergo inutilis debet eſſe inſtitutio, argumento textus in *leg. Titio 51. de uſufructu, l. 5. de uſufructu l. dict. l. 79. §. quamvis 3. de C. & D. l. libertas 17. l. ult. de manum. teſtam. l. 4. §. 1. de ſtat. liber.* juncto Amaya 2. *obſerv. cap.* 11. *num.* 24. Cui difficultati reſpondet DD. Didacus de la Serna in *M. S. de acquir. hæred. dict. ill. 5. num.* 13. quod cum uſusfructus & libertas ex die certo utiliter relinquantur, in ultimum inſtans vitæ legatarii, aut ſervi non rectè conferuntur, quia nec removeri dies poteſt, nec eo non ſublato poſſunt hujuſmodi diſpuſitiones ſubſiſtere; at cum certus dies inſtitutiooi adſcriptus rejiciatur, in ultimum inſtans vitæ inſtituti hæredis inſtitutio jure concipitur, & vitio temporis ſublato independenter à tranſmiſſionis impedimento, tanquam purè facta ſubſiſtit. Alii denique à Bellono relati *dict. quæſt.* 16. *num.* 103. accipiunt textum in *dict. l.* 9. de inſtitutione in ultimum inſtans vitæ ipſius teſtatoris collata, quæ ſine dubio tanquam pura ſubſiſteret, argumento textus in *dict. l.* 18. *§. 1. de manum. teſtam.* juncto ſubtili Coſta *lib. 1. ſelect. cap.* 14.

Hæc de inſtitutione ſub conditione, aut ſub 19
incerto die concepta ſecurè dicuntur; at ex conditione, vel ex incerto die, veluti *ex quo navis ex Aſia venerit, vel ex quo tertius aliquis morietur*, inſtitutionem non jure concipi ſubtilis exiſtimat Gothofredus in *dict. l. 34. de hæred. inſt. num. 5. cum quatuor ſeqq.* nam cum ex conditione, vel ex incerto die hæredem teſtator inſtituit, ex tunc nec antè hæredem exiſtere vult, ſi igitur ſic concepta inſtitutio jure ſubſiſteret, pro parte temporis teſtatus, & inteſtatus pro parte contra juris regulam paterfamilias decederet. Aſſumptum probat per argumentura ab ſpeciali ex *dict. l. 15. §. miles 4. de teſtamento militis.* Ubi dum inter militaria privilegia illud refertur, quod miles & ex conditione, & in conditionem hæredem inſtituere jure poſſe, ſatis innuitur, hoc ipſum pagano teſtatori non licere. Nec tamen ideo temporis vitio ſublato puram manere ſic conceptam inſtitutionem, ad ejus inſtar, quæ ex die certo concipitur, Gothofredus exiſtimat, ſed imò tamquam ſub conditione, aut ſub incerto die conceptam ſubſiſtere, cum enim concipi ex conditione, vel ex incerto die non poſſit inſtitutio, quin ſub conditione, aut ſub incerto die ſimul concipiatur, adhuc poſt vitium temporis ſublatum perinde habetur, ac ſi ſub conditione, vel ſub incerto die concepta ab initio fuiſſet. Verum hæc Gothofredi opinio, quam apud alium diſceptatam nondum comperui, falſa quidem meo judicio eſt, nam imò, an ex conditione, aut incerto die inſtitutio concipiatur, nihil intereſt, imò quolibet ex iis modis jure concipitur, nec ullum temporis vitium in ſe continet, quod removeri opus ſit; tum quia falſum eſt dicere teſtatorem eum, quem ex conditione, vel ex incerto die hæredem inſtituit, non ex mortis tempore, ſed ex tunc hæredem exiſtere voluiſſe, tum quia etſi teſtatoris voluntas eſſet ea, non eo magis aditionis hæreditatis poſt conditionem, aut incertum diem exiſtentem factæ ad mortis teſtatoris tempus retrotractionem impediret, cujus ſpes interim, & inſtitutionis ſubſtantiam ſuſpenderet, & ut hæreditas jaceret, efficeret, juxta ea quæ dixi *num. 5. cum duobus ſequentibus*, & ſic in totum teſtatus, aut inteſtatus paterfamililias creditur deceſſiſſe, non minus, quam ſi ſub conditione, aut ſub incerto die hæredem inſtituiſſet; nec Gothofredo favet textus in *dict. l. 15. §. 4. de teſtamento militis.* Ubi quod ſcribit Ulpianus militem, vel ex conditione, vel in conditionem hæredem inſtituere jure poſſe, exaudiendum ſic eſt, ut ſcilicet miles non ſolum ex conditione, communi jure ad inſtar Pagani, ſed & in conditionem

privilegiario jure ad Pagani diſcrimen hæredem inſtituere jure poſſit, & ſi quidem hæredem ex conditione inſtituerit, communi jure interim jacebit hæreditas, nec locus legitimis hæredibus erit, perinde ac ſi ſub conditione inſtituiſſèt, niſi expreſſa forſan voluntas militis inteſtatam interim ſucceſſionem admittat, qui ſive ex conditione, ſive ſub conditione inſtituerit, poteſt interim dum pendet conditio, ad hæreditatem legitimos ſucceſſores vocare, & pro parte temporis teſtatus, & inteſtatus pro parte decedere *dict. l. 41. in principio de teſtamento militis*. Si vero hæredem in conditionem inſtituerit, antè conditionis exiſtentiam teſtatus, poſt ejus autem exiſtentiam inteſtatus privilegiario jure decedet: argumento textus in *leg. quærebatur* 19. §. *ult.* pro cujus explicatione videndi Gothofredus in eo textu Cheſius 1. *interp. cap.* 13. *ex num.* 15. Antonius Ramos in *M. S. ad leg. 1. de vulgar. n.* 19. *cum ſequentibus & in dict. l. 41. de teſtamento militis & in l. certi juris* S. C. *eodem tit.*

20 Secunda jam hujus capitis pars ſuccedit, ſub quibus ſcilicet poſſibilibus conditionibus hæredis concipi poſſit inſtitutio! Et quidem cum triplex conditionis ſpes ſit, poteſtativa videlicet, quæ omnino ex arbitrio, vel poteſtate cujuſquam pendet, veluti *ſi Capitolium aſcenderis*, caſualis quæ non ex arbitrio, aut poteſtate cujuſquam, ſed ex cæco fortunæ caſu dependet, veluti *ſi navis ex Aſia venerit*, & mixta quæ ſimul ex arbitrio, aut poteſtate cujuſquam, & ex fortunæ caſu dependet, veluti *ſi Maviam uxorem duxeris dict. l. unic. §. ſin autem aliquid* 7. *C. de caducis*, & triplex etiam hæredum ſit differentia, quorum alii extranei, alii neceſſarii, alii denique ſui, & neceſſarii ſimul ſunt, *principio inſt. & §. 1. 2. & 3. de hæred. qual. & differentia*. Conſtat quod extranei hæredes ſub qualibet conditione, poteſtativa ſcilicet, caſuali, vel mixta utiliter inſtituuntur, ut apparet ex innumeris ferè Pandectarum locis, qui paſſim ocurrunt, niſi ſub ea forſitan conditione inſtituantur, quæ in expreſſam alicujus extranei voluntatem conferatur, ſub qua concepta inſtitutio inutilis prorſus eſt, *l. illa inſtitutio 32. in princ. dict. l. 68. de hæred. inſt.* argumento textus in *dict. l. 52. de C. & D.* Pro cujus rei explicatione, & intelligentia textuum, qui huic principio non leviter refragari videntur in *l. 1. in princip. & in l. Senatus 43. §. legatum 2. de legatis 1. omiſſis*, quæ parum feliciter tradit Oroz 2. *de apicibus cap. 9. per totum* conſulendi Donellus & Oſſualdus 8. *comment. cap. 15. per totum*, & præcipuè omnia, & omnes cumulans, & ſumma dexteritate explicans DD. Emmanuel Gonz. ad textum in *cap. cum tibi 13. de teſtamentis num. 3. & 4. & num. 10. & 11.* vel niſi cum purè primum fuiſſent inſtituti in eodem poſtea teſtamento ſub conditione inſtituantur, quo caſu inutilis conditionalis ſecunda inſtitutio eſt, *l. ſi te ſolum 27. §. 1. de hæred. inſt.* textus ſic intelligendi in *eadem leg. 27. §. ult. & in l. ſi plures 17. hoc tit.* alioquin purè data hæreditas in defectum conditionis in eodem teſtamento adempta intelligeretur contra regulam textus in *dict. l. 13. §. 1. de liberis & poſthumis l. ſi certarum 17. §. ſi eodem teſtamento 2. de militis teſtamento*, quam illuſtrat eleganter Cheſius *lib. 1. interp. cap. 17. per totum*, quemadmodum, & quia codicillis hæreditas nec dari, nec admitti poteſt *l. quod per manus 10. de jur. codicill. l. 2. C. de codicill.* ei, qui purè in teſtamento fuit inſtitutus, non niſi inutiliter conditio in codicillis adſcribitur *l. quidam 27. §. 1. hoc tit. l. divi 6. in principio de jur. codicill. §. codicillis 2. verſic. nec conditionem inſt. de codicillis*. Nec alioquin in defectum conditionis codicillis adempta hæreditas inveniatur, quamvis ex contrario, ſi is qui ſub conditione primum fuit inſtitutus purè poſtea in eodem teſtamento inſtituatur, tamquam priori plenior, potior ſecunda inſtitutio ſit, ut Pomponius ſcribit in *l. ſi ita ſcriptum 67. de hæred. inſtit.* cum nihil prohibeat, ut data ſub conditione hæreditas purè poſtea eodem teſtamento relinquatur, ſicuti nec repugnat, ut filio adempta per nominatim ſactam exhæredationem hæreditas eidem filio poſtea inſtituto detur juxta eumdem Pomponium in *l. ſi filium 21. de liberis & poſthumis*, quo forſan Pomponius ipſe reſpexit, dum in *dict. l. 27. §. 1. eodem tit.* ideo inutilem eſſe ſecundam conditionalem inſtitutionem ſcripſit, quia ſatis plena prior purè concepta fuiſſet, quod tamen fieri in codicillis non poteſt, in quibus purè inutiliter inſtituitur, qui ſub conditione in teſtamento fuit inſtitutus, textus ſic intelligendus ex mente Cujacii *tit. 30. ff. Jul. in dict. l. 38. §. 1. de hæred. inſt.* ne alioquin contra ſuperiorem juris regulam codicillis data hæreditas reperiatur, docet Donellus 7. *comment. cap. 19. in fin.*

Neceſſarii ſimiliter hæredes, veluti proprii 21
ſervi cum libertate, ſub quacumque conditione utiliter inſtituuntur *dict. l. 3. §. 1. dict. l. 38. §. 1. & 2. l. talem 51. §. 1. l.* Cornelius 69. *l. teſtamento 90. de hæred. inſt. l. 2. in principio & §. 1. l. verba hæc 12. l. cum ſervus 18. hoc tit.* Hinc ſummè difficilis redditur textus in *l.* Trebatius 21. *in principio de hæred. inſt.* Ubi ſub hac formula: *quiſquis mihi hæres erit, ſtichus liber, & hæres eſto*, non rectè ſervum inſtitui, liberum tamen quamvis non hæredem futurum, Trebatius exiſtimabat, Labeo autem, cui & Pomponius ſubſcripſit, ſic inſtitutum ſervum, & liberum & hæredem futurum reſpondit. In hujus textus ſerie alium etiam hæredem inſtitutum fuiſſe ſupponendum neceſſariò eſt, non ſolum quia alioquin inepta penitus illa inſtitutionis clauſula foret, ut Gothofredus & Cujacius advertunt, ſed quod ſi nullus alius inſtitutus fuiſſet hæres, non niſi ſtultè nimis ſub ea formula inſtitutum ſervum, liberum, non verò hæredem futurum, Trebatius exiſtimaſſet, nullus namque eſſet hæres, qui teſtamentum ſubſtineret, quo deſtituto relicta etiam in eo libertas corrueret *l. teſtamento 23. in principio de manum. teſtamento*. Nec codicillaris clauſula adjecta ab inteſtato deberetur *l. generaliter 24. §. ex teſtamento 11. l. ſi pater 47. §. ult. de fideicommiſſ. libert. l. ſi jure 11. C. de teſtamentaria manumiſſione*. Cujacius *lib. 42. ff. Julian. in dict. l. 47. §. ult.* Antonius Faber *de error. dec. 35. error. 7.* Amaya 3. *obſerv. cap. 7. num. 6.* DD. Didacus de la Serna *in exercitatione 6. per totum* omninò videndus pro expoſitione textus in *leg. in teſtamento 38. de fideicommiſſ. libert.* Qua ſuppoſitione facta in terminis textus in *dict. l. 21.* conditionalis ſine dubio inſtitutio eſt *l. 3. l. qui*

Digitized by Google

liberis 8. §. 1. *de vulgar.* argumento textus in *l.* 3. *de legatis* 1. debuit igitur abſque ulla conſultorum hæſitatione ſubſiſtere, periude ae ſi ſub alia fuiſſet conditioue eoncepta, cum neceſſarii hæredes ſub qualibet eonditione utiliter inſtituantur. Creſcit difficultas, ex co quod alio hærede, Titio, exempli cauſa, inſtituto ſervi inſtitutio ſub illa formula facta perinde habetur, ac ſi fuiſſet concepta: *cum Titius hæres erit, Stichus liber & hæres eſto*, ut ſi inter ſe conferantur, probant ab argumento textus in *l.* 3. §. *filius* 2. *verſic. quemadmodum de liberis & poſthumis, & in dict. l.* 68. *circa finem de hæred. inſt. & colligitur ex dict. l.* 3. *de legatis* 1. atqui alio, Titio exempli cauſa hærede inſtituto, cum Titius hæres erit, ſervus rectè & liber, & hæres eſſe jubetur, *l. ex parte* 58. *in fin. de acquir. hæred.* eum & extraneus quilibet inſtitui ſub ea formula poſſit *dict. l.* 3. §. *ſi quis ita* 2. *l. ei qui ſolvendo* 88. *de hæred. inſt. l. ſi ita ſcriptum* 19. *hoc tit. l. ſi in teſtamento* 22. *in principio ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* ergo & ſub illa formula de qua in *dict. l.* 21. *in principio de hæred. inſt.* ſervus cum libertate rectè hæres inſtituitur, ut expreſsè deciditur in *dict. l.* 22. §. 1. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.*

22 Verum rationem qua motus Trebatius in *dict. l.* 21. *de hæred. inſt.* ſub illa formula ſervum non rectè inſtitutum, liberum tamen, quamvis non hæredem futurum exiſtimavit, detexit ſpecioſa brevitate Cujacius ad Pandectas in eo textu. Servus qui directo liber eſſe juſſus, nec hæres inſtituitur, ipſo quidem jure poſt aditam hæreditatem abſque ullo hæredis facto liber fit §. *libertas* 2. *verſic. at is qui inſt. de ſing. reb. per fideicomm. rel.* ſed quodam modo ab ipſo inſtituto hærede videtur libertatem accipere, quæ non niſi poſt ejus aditionem potuit confirmari, at ſi cum libertate, ſive ex aſſe, ſive ex parte hæres inſtituatur libertatem & hæreditatem, quamvis reveta ſolum à teſtatore capiat, ideo à ſemetipſo, non autem à cohærede accipere dicitur in *l. ſed ſi conditioni* 6. §. *ult. de hæred. inſt. & in dict. l.* 58. *de acquir. hæred. & in l.* 2. §. *ſi primis* 3. *de ſtat. liber.* quia eohæredis aditione non expectata ipſo jure à tempore mortis domini liber & neceſſarius hæres exiſtit. Hinc alio hærede inſtituto, ſub ea formula, quiſquis mihi erit hæres, Stichus liber & hæres eſto, non rectè ſervum hæredem inſtitui, ne alioquin libertatem & hæreditatem à cohærede accipere intelligatur, liberum tamen quamvis non hæredem futurum Trebatius exiſtimabat, ut ſic ſolam libertatem accipere à eohærede credatur, ex adverſo tamen & rectius Labeo, Pomponius & Julianus in *dict. l.* 21. *de hæred. inſt. & in dict. l.* 22. §. 1. *ſi quis omiſſ. cauſ.* ſub ea conditione ſervum utiliter inſtitui, & poſt ejus exiſtentiam liberum & hæredem futurum, reſponderunt, nec enim ideò à eohærede, ſed à ſemetipſo libertatem & hæreditatem videtur accipere, ut probat textus juncto ibi Cujacio, *lib.* 31. *ff. Julian. in dict. l.* 22. *in principio &* §. 1. pro cujus conciliatione cum *leg.* 2. §. 1. *verſic. planè de vulgar.* videnda quæ dixi in Academic. *de pupill. ſubſt. cap.* 3. *num.* 25.

23 Sed dices, ſervus ex parte cum libertate inſtitutus, ideo non à eohærede, ſed à ſemetipſo libertatem & hæreditatem accipere dicitur, quia etiam antè cohæredis aditionem liber & neceſſarius hæres exiſtit *dict. l.* 58. *de acquir. hæred.* ſed ſub hac conditione de qua ſupra hæres cum libertate inſtitutus, non niſi poſt eohæredis aditionem liber & neceſſarius hæres exiſtit, *dict. l.* 22. §. 1. *ſi quis omiſſ. cauſ.* ergo non à ſemetipſo, ſed à eohærede hæreditatem accipere creditur, quod & ſenſiſſe Paulus videtur in *dict. l.* 58. qui poſtquam dixerat, ſervum ex parte cum libertate inſtitutum etiam ante cohæredis aditionem liberum & neceſſarium hæredem exiſtere, & rationem illam præſtiterat, quia non à eohærede, ſed à ſemetipſo accipit libertatem, ſtatim limitationem ſubjunxit in hæc verba: *Niſi ita inſtitutus fuerit, cum mihi quis hæres erit, Stichus liber, & hæres eſto.* Huic difficultati reſpondeo, quod tum demum ſervus non à ſemetipſo, ſed ab inſtituto hærede creditur libertatem accipere, cum ex natura rei, ſeu juris neceſſitate independenter à teſtatoris voluntate, non niſi poſt aditam ab inſtituto hæreditatem poteſt libertatem nanciſci, veluti ſi liber ſolum eſſe juſſus fuerit, at quoties ſub illa conditione, de qua ſupra hæres cum libertate inſtituitur, antè eohæredis quidem aditionem non poteſt liber & neceſſarius hæres exiſtere, nec tamen ideo à eohærede, ſed potius à ſemetipſo creditur libertatem, & hæreditatem accipere, quod enim ante cohæredis aditionem, non poſſit liber & neceſſarius hæres exiſtere, non rei natura, aut juris aliqua neceſſitas, ſed ſola teſtatoris voluntas efficit, textus elegans in *dict. l.* 22. *in princip. verſiculo hæreditatis ſi quis omiſſ. cauſ.* qui ſub ea conditione ſervum inſtituit, quam prius exiſtere opus eſt, & poſt ejus exiſtentiam ſervus à ſemetipſo creditur libertatem, & hæreditatem accipere, non minus, quam ſi ſub alia qualibet fuiſſet conditione inſtitutus; idque Ulpianum in ſpecie non diſſimili ſibi voluiſſe crediderim, dum docuit in *dict. l.* 5. §. 2. *de hæred. inſt.* quod ſi quis ita ſcripſerit, *ſi Titius hæres erit, Seius hæres eſto, Titius hæres eſto*, quaſi quævis conditio, expectatur Titii aditio, ut Seius hæres fiat, quia etſi Seius ante cohæredis aditionem, effici hæres non poſſit, non ideo à eohærede, creditur hæreditatem accipere, cum id non ex aliqua juris neceſſitate, ſed ex ſola teſtatoris voluntate dimanat, qui ſub ea conditione inſtitutionem concepit, & poſt ejus exiſtentiam Seius non à eohærede, ſed à ſemetipſo creditur, hæreditatem accipere, perinde ac ſi ſub alia fuiſſet conditione inſtitutus. Nec aliud ſentit Paulus in *dict. l.* 58. *de acquir. hæred.* cujus ſupra expenſa limitatio ad decifionem eſt referenda, non ad deciſivam rationem. Dixerat initio quod ſervus ex parte cum libertate inſtitutus ante eohæredis aditionem liber & neceſſarius hæres exiſtit, rationem præſtitit; quia non à eohærede, ſed à ſemetipſo accipit libertatem, dum ergo poſtea ſic ait: *niſi ita inſtitutus est*. non ſic accipiendus eſt, quaſi dicat, quod ſub ea formula ex parte inſtitutus ſervus non à ſemetipſo, ſed à cohærede libertatem accipit, ſed potius quaſi doceat, quod ſic inſtitutus ſervus antè cohæredis aditionem, ſive quod idem eſt, ante exiſtentem conditionem, nec liber, nec neceſſarius hæres exiſtit, poſtea vero non à eohærede, ſed à ſemetipſo creditur libertatem, & hæreditatem accipere, ut eum judicio Gothoffredus prævidit in *dict. l.* 58. *n.* 1. & 2.

24 Ex præjacto itidem principio difficillimi redduntur noviter, nunc explicandi rextus in *l. ſervus* 21. *& in l. quia initio* 22. *hoc tit.* in quibus docemur, quod proprius ſervus ſub ea formula *cum liber erit*, inutiliter hæres inſtituitur; cum tamen ſub ea conditione proprii ſervi inſtitutionem jure concipi ex ſequentibus probari videtur. Alienus ſervus ſub ea conditione, *cum liber erit*, utiliter inſtituitur, ut Celſus in *dict. l.* 21. fatetur & probatur ab argumento textus in *l. ſi hereditas* 10. *§. ult. de teſtamentaria tutela*: ergo & propius rectè ſub eadem inſtitui conditione. Nec cum Gaio in *dict. l.* 22. dicat aliquis, quod qui libertatem dare poſſit, aut præſenti die, aut in diem, aut ſub conditione debet libertatem relinquere, nec poteſt in caſum à quolibet obvenientis libertatis ſervum hæredem inſtituere, qood enim teſtator ſervo potuerit libertatem relinquere, in cauſa eſſe non debet, ut inſtitutio non ſubſiſtat, quæ ſub illa conditione, ad habile libertatis tempus confertur, argumento textus in *dict. l.* 62. *in princ. de hæred. inſt.* Rurſus, & proprium etiam ſervum ſub ea conditione *cum liber erit*, utiliter hæredem inſtitui, perſpicuè conſtat *ex dict. l.* 9. *§. ſi ſervus* 17. *eodem tit.* junctis quæ pro ejus expoſitione dixi *num.* 16. *& ex eadem leg.* 9. *§. ſi quis ita ſcripſerit* 14. *& ex leg. talem* 51. *in princ. eodem tit.* quemadmodum & ſub ea conditione proprio ſervo fideicommiſſum relinquitur *l. quæſitam* 91. *§. cum ſervus* 4. *verſic. hoc amplius de legatis* 1. Hæ forſan difficultates Rogerium antiquum Interpretem ab Accurſio in *dict. l.* 21. relatum coegerunt, ut diceret, ſub ea conditione, *cum liber erit*, proprium ſervum non rectè hæredem inſtitui, verum ſic conceptam inſtitutionem, conditione tamquam impoſſibili rejecta, tamquam puram defendi, impoſſibilem autem illam conditionem eſſe ideo fortaſſis Rogerius credebat, quia ſervus hæres inſtitutus ne teſtamento liber eſſe juſſus, à nullo unquam poſſet ex defectu dominii ad libertatem perduci. Verius tamen eſt, impoſſibilem illam conditionem eſſe, nàm ſic inſtitutus ſervus poſſet inter vivos ab ipſo teſtatore manumitti, aut ipſo jure pro præmio libertatem nanciſci, veluti in terminis textus in *dict. l.* 90. *de hæred. inſt & in leg.* 1. *& per tot. tit. C. pro quibus cauſis ſerv. pro præmio libert. accip.* & ſic poſſet adhuc conditio inſtitutionis exiſtere, quamvis ab alio ſervus non poſſet ex dominii defectu manumitti. Unde Accurſius in *dict. l.* 22. *hoc tit.* inutilem ideo eſſe ſub illa conditione conceptam inſtitutionem ſcripſit, quia in alienum confertur arbitrium contra regulam textus in *dict. l.* 32. *in princ. de hæred. inſt.* ſed graviter fallitur, tum quia ſi hæc inutilitatis ratio eſſet, nec alienus quidem ſervus ſub ea conditione poſſet inſtitui, quod tamen non ita eſſe conſtat ex *dict. l.* 21. *hoc tit.* cum in alienum arbitrium, nec neceſſarii, nec ſui, & neceſſarii, nec extranei hæredis inſtitutio rectè conferatur; tum & præcipuè quia conditio illa nec ex alieno quidem penderet arbitrio, non tamen ex expreſſo, ſed ex tacito & velato penderet arbitrio, ut notum eſt, &c. ex his quæ contra Rogerium nuper dicta, putavi, dignoſcitur; ſub illa vero conditione, quæ ex tacito, & velato alterius pendet arbitrio, hæredis inſtitutio jure concipitur *dict. l.* 68. *de hæred. inſt.* idem Accurſius & antiquiores alii & Cujacius ad Pandect. in *dict. l.* 21. quibus & Duarenus conſentit *in paraphraſi ad noſtrum titulum cap.* 4. eam ſolam rationem afferunt, qua Gaius utitur in *dict. l.* 22. quæ tamen longiori indiget explicatione, ut ex hactenus diſputatis apparet.

25 Quamobrem dicendum ultra Interpretes exiſtimo, quod proprius ſervus ideo ad alieni diſcrimen, ſub ea conditione *cum liber erit*, hæres inutiliter inſtituitur, quia dum ſic inſtituitur, non ideo liber eſſe jubetur, ſed in caſu obvenientis aliunde libertatis, inſtituitur, & perinde habetur, ac ſi ſine libertate fuiſſet ſub alia qualibet conditione inſtitutus, profectò verò proprius ſervus, ita demum filiusfamilias jure paſſivam habet teſtamenti factionem, ſi ſit cum libertate inſtitutus, ut conſtat ex Ulpiano in *fragm. tit.* 22. *qui hæred. inſt. poſſ. §. ſervos* 6. *& ex Juſtiniano in principio inſt. de hæred. inſt.* & quemadmodum ſine libertate digeſtorum jure purè inutiliter inſtituitur, ut pro Anton. Fabro contra Oſſualdum doctè fundat Valentia in *epiſtol. ad eundem Fabrum exercit.* 8. *per tot.* ſic & ſub conditione cum quis, qui paſſivæ teſtamenti factionis eſt expers, ſub conditione non minus, quam purè inutiliter inſtituatur, adeo ut nec poſſit in id tempus, quo teſtamenti factionem ſortiatur, inſtitui, ut ex *dict. l.* 49. *§.* 1. *de hæred. inſt. cum ſimil. num.* 14. dixi, nec igitur, proprius ſervus, qui ſine libertate paſſivæ teſtamenti factionis eſt expers in id tempus, quo liber ſit, ſine libertate utiliter inſtituetur, non idem de alieno ſervo dici poteſt, qui cum ex perſona domini paſſivam habeat teſtamenti factionem *l. non minus* 31. *in principio de hæred. inſt.* quemadmodum purè & ſub alia qualibet conditione ſic & cum liber erit, utiliter inſtituitur. Hanc vero differentiæ rationem inter proprium & alienum ſervum quoad propoſitum, quamvis obſcurè præſtitiſſe Gaium exiſtimo, dum in *dict. l.* 22. *hoc tit.* ideo proprium ſervum cum liber erit, non rectè hæredem inſtitui dixit, quia ratio ſuadet, ut qui libertatem dare poteſt, libertatem ipſe relinquat, nec in caſum obvenientis ab alio libertatis hæredem ſervum inſtituat, quaſi apertius diceret, quod juris ratio, juxta quam proprius ſervus ſine libertate paſſiva caret teſtamenti factione, efficit, ut non rectè ſine libertate inſtituatur, etſi in id tempus, quo liber erit, inſtitutio conferatur quæ in alio ſervo ceſſat, ut pote qui paſſivam à domino teſtamenti factionem mutuatur.

26 Quam inter proprium & alienum ſervum differentiam, & poſt novam Juſtiniani Sanctionem in *l. quidam* 5. *C. de neceſſar. ſerv. hæred. inſt. & in dict. prim. inſt. de hæred. inſt.* adhuc obtinere cenſerem, nam proprius ſervus ſine libertate inſtitutus hodiè paſſivam ideo habet teſtamenti factionem, quia hoc ipſo quod hæres inſtituitur, liber etiam eſſe juſſus cenſetur propter conjecturatam teſtatoris voluntatem Juſtiniani conſtitutione fulcitam; ſed ex ſervi proprii inſtitutione ſic concepta *cum liber erit*, non poteſt circa libertatem voluntatis conjectura deſumi, cum imò manifeſta ſit contraria teſtatoris voluntas, qui dum in

Digitized by Google

caſum obvenientis aliunde libertatis inſtitutionem concipere; ſe relinquere libertatem noluiſſe ſatis apertè declaravit, nec in claræ voluntatis terminis ullus conjecturis locus ſuperſit juxta regulam textus in *leg. ille, aut ille* 25. §. 1. *de legatis* 3. ergo etiam hodie ſub eâ conditione *cum liber erit*, ex defectu paſſivæ teſtamenti factionis proprius ſervus ad alieni diſcrimen inutiliter inſtituitur. Hoc ipſum ex eo evidenter convincitur, quod cum is ſolum teſtamento tutor dari poſſit, cum quo teſtamenti factio eſt, *l. teſtamento* 21. *de teſtamentaria tutela*, junctis quæ dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 2. *num.* 14 proprius tamen ſervus ideo ſimpliciter filiusfamilia adhuc jure teſtamento tutor rectè datur, quia hoc ipſo, quod tutor eſſe jubetur, ex conjecturata teſtantis voluntate propter pupilli favorem, legis autoritate adjuvata liber etiam eſſe juſſus cenſetur *l. quæro* 32. §. *ult. de teſtam. tut.* pro cujus explicatione videndus D. Petrus de Chavarri in *prima ſua didaſc.* 1. *cap.* 3. *num.* 8. *dict. l.* 5. *C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſt.* §. 1. *inſt. qui teſtamento tutor dar. poſſ.* docet cum pluribus Amaya 1. *obſerv. cap.* 7. *per tot.* ſed proprius ſervus *cum liber erit*, inutiliter teſtamento tutor datur *dict.* §. *in fin. inſt. qui teſt. tutor dar. poſſ.* quia ex hujuſmodi tutelæ datione non poteſt circa libertatem voluntatis conjectura deſumi, ut agnoſcunt Donell. 3. *comment. cap.* 4. & Pichard. *in dict.* §. 1. *num.* 3. *in fin.* & ſine libertate paſſiva caret teſtamenti factione, ad alieni differentiam qui cum à domino teſtamenti factionem mutuetur, quamvis fideicommiſſariam non meruerit libertatem, *cum liber erit*, rectè teſtamento tutor datur *l.* 10. §. *ult. de teſtamentaria tut.* §. 1. *inſt. qui teſtamento tut. dar. poſſ.* ergo ex rationis identitate proprius ſervus adhuc poſt novam illam Juſtiniani Sanctionem ad alieni diſcrimen, ex paſſivæ teſtamenti factionis defectu, *cum liber erit*, inutiliter inſtituitur.

27 Nec his omnibus, quæ circa textus in *dict. legibus* 21. & 22. *hoc tit.* ex propria obſervatione diſcurrimus, ſupra expenſi *num.* 24. textus refragantur; nam textus in *dict. leg.* 62. *in pr. de hæred. inſt.* non ad eos, qui paſſiva carent teſtamenti factione, ſed ad eos potius, qui cum vel purè, vel ſub conditione utiliter inſtituantur, aut ſolidum, aut partem capere ex teſtamento non poſſunt, eſt referendus, ut late dixi *num.* 14. *cum ſeq. nec in dict. leg.* 9. §. 17. *eodem tit.* proprius ſervus ſine libertate *cum liber erit*, proponitur inſtitutus, ſed cum ex die certo liber eſſe juſſus, & pure ſeu ſimpliciter fuiſſet inſtitutus, non tempus competentis libertatis ſuſpenditur, ut dixi *num.* 16. *ſed & in eadem leg.* 9. §. 14. & *in dict. leg.* 51. *in principio eodem tit.* proprius ſervus non quidem ſine libertate *cum liber erit*, immo expreſsè cum libertate ſub hac formula *ſtichus liber eſto & poſtea quam vel ſi liber erit hæres eſto*, proponitur inſtitutus; ſic autem concepta inſtitutio inutilis ex eo eſſe videtur, quod ſervus cum libertate inſtitutus nec prius liber quam hæres, nec hæres priusquam liber, ſed ſimul liber & hæres debet exiſtere, ut ſubtiliter diſputat Gotoffredus in *leg. inſulam* 42. *in pr. ſoluto. matrimonio num.* 54. & *num.* 71. *cum ſeq.* ſub illa autem formula inſtitutus circa expreſſam teſtatoris voluntatem liber prius quam hæres, deberet exiſtere. Benigna tamen interpretatione & ex prudentibus pleriſque placuit, quibuſdam licet diſſentientibus, & a divo Marco fuit poſtea reſcriptum intermedio illo articulo, *& poſteaquam, vel ſi liber erit*, detracto per inde inſtitutionem ſubſiſtere, ac ſi fuiſſet concepta. Stichus liber & hæres eſto, & ſic inſtitutum ſervum liberum ſimul & neceſſarium hæredem exiſtere, quam eorum jurium deciſſivam eſſe rationem agnoſcit Valentia 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 25. quamvis & eis abutatur, ut fundet vulgarem illam inter diem certum, & conditionem differentiæ rationem, quam *num.* 4. *cum* 3. *ſequentibus*, impugnavi, nec ſolum ſub ſuperiori formula in *dict. leg.* 9. §. 14. & *in dict. leg.* 51. *in pr.* concepta inſtitutio ſubſiſtit, quoties teſtator demonſtrationis dumtaxat tantum cauſa ſic inſtitutionem concepit, ſed etſi eo animo fuerit, ut conditionalem inſtitutionem efficeret, & ſic ut libertas neceſſarii hæredis præcederet exiſtentiam, nam & in ſecundo hoc caſu, quamvis ſtricto jure inutiliter inſtitutio conconcipiatur, quod ſolum probat Gotoffredus qui in *dict. l.* 42. *in pr. ſoluto matrimonio numero* 72. *cum* 2. *ſequentibus*. Inutilem omnino eſſe ſic conceptam inſtitutionem contendit, ex divi Marci reſcripto benignitatis ratione defenditur.

Difficilior profecto videri poteſt textus in 28
dict. leg. 91. §. 4. *de legatis* 1. Pro cujus explicatione ſuppono, quod proprio ſervo, cum liber erit, non rectè legatum, aut fideicommiſſum relinquitur, quia cum legari his dumtaxat poſſit, cum quibus teſtamenti factio eſt, §. *leg.* 24. *inſt. de legatis.* proprio ſervo qui ſine libertate paſſiva caret teſtamenti factione, inutiliter ſine libertate legatum, aut fideicommiſſum relinquitur, *leg. ſervus* 76. *de hæred. inſt. leg. licet transferam* 20. *de adim. leg. l.* 4. *C. de legatis.* nec tunc obſtat ſingularis omninò, nec ad rem animadverſus textus in *leg.* 4. §. *ult. de manum. teſtamento.* ubi legatum proprie ſervo ſub ea conditione relictum, *ſi eum vindicta liberavero.* Si ſervus inter vivos fuerit à teſtatore manumiſſus, quamvis nimia juris ſubtilitate inſpecta ſit inutile, humanitatis ratione ſubſiſtit. Nam reſpondeo in *dict. l.* 4. §. *ult.* ſervo cui legatum ſub ea conditione fuit, directam libertatem fuiſſe relictam, ut conſtat ex illis textus verbis, *ſi libertate data, ſic fuerit legatum, eique, ſi eum vindicta liberavero, hæres meus centum dato*, quæ purè primum datam libertatem, & ſub conditione poſtea relictum legatum oſtendunt, quo caſu etſi poſtea ſervus fuiſſet inter vivos à teſtatore manumiſſus juxta nimiam juris ſubtilitatem, tamquam à teſtamento ſeparatum, inutile legatum videbatur, nam teſtator etſi libertatem reliquerat, hoc tamen ipſo, quod ſub illa conditione legavit, non in teſtamento relictæ libertatis, ſed inter vivos imponendæ manumiſſionis intuitu, & ſervo, non tamquam teſtamento libero eſſe juſſo, ſed tanquam inter vivos manumittendo, perinde legatum reliquiſſe cenſetur, ac ſi ſine libertate ſub illa conditione legaſſet, ex humanitate tamen ſubſiſtit, nam ſervo, qui dum teſtamento liber eſſe jubetur, paſſivam habet teſtamenti factionem ſub illa etiam conditione, quæ ad inter vivos manumiſſionem refertur, ſicuti & ſub alia quacumque rectè legatur. Alieno autem ſervo ex contrario, qui paſſivam à domino teſtamenti factionem mutuatur, *cum liber erit*,

legatum, aut fideicommiſſum jure relinquitur *l. quidam 25. §. 1. ad Trebell. l. impuberem 22. §. ſi dominus 5. ad leg. Corn. de falſ.* argumento textus in *dict. l. 21. hoc tit.* Hinc & legato ſervo rectè ſub illa conditione legatur, aut à legatario fideicommiſſum relinquitur, quæ eſt ſententia textus in *dict. l. 91. §. 4. de legatis 1.* quia legatus ſervus, etſi proprius teſtatoris ſit, tamquam alienus judicatur, & ex legatarii perſona paſſiva gaudet teſtamenti factione, adeo ut alio dato cohærede ex parte hæres purè, vel ſub conditione utiliter inſtituatur, *dict. l. 38. in principio de hæred. inſt.* juncto Bellono *de jur. accreſc. dict. cap. 7. quæſt. 16. num. 273. uſque ad num. 287. l. ult. §. 1. de vulgar.* pro cujus illuſtratione videndi Cheſius 1. *interp. cap. 14. per tot.* & D. Retes *ſub lib. 3. opuſc. ad lib. ſing. quæſt. Scæv. public. tract. in eo textu.* ac proinde, & cum liber erit: legato igitur ſervo quemadmodum purè, & ſub alia quacumque conditione rectè legatur, *l. ſervo 69. in princ. de legatis 1. cum ſimil.* ſic & cum liber erit, legatum aut fideicommiſſum jure relinquitur, ut docent, quamvis non ſic explicent Gothoffredus in *dict. l. 91. §. 4. de legatis 1. num. 1. & 2.* & Cujacius *lib. 39. ff. Julian. in dict. l. 25. §. 1. ad Trebell.*

29 Sed tunc ſubtiliter arguet ſic aliquis: ergo alio hærede inſtituto, proprius ſervus, *cum liber erit*, ex parte hæres inſtitui jure poterit; conſequentiam ſic probabit: legatus ſervus ideo alio hærede inſtituto, *cum liber erit*, rectè hæres inſtituitur, quia tanquam alienus judicatur, quatenus legati ratione legatario acquirendus deſtinatur; ſed pariter alio hærede inſtituto, proprius teſtatoris ſervus tanquam alienus debet cenſeri, quatenus inſtitutionis jure ad inſtitutum hæredem perventurus deſtinatur: ergo ſimiliter alio cohærede inſtituto, *cum liber erit*, hæres inſtitui jure poteſt. Contarium tamen verius eſt, nam & quoties proprius ſervus cum libertate ſub conditione teſtamento tutor datur, interim dum pendet conditio pleno jure hæredis eſt ex regula textus in *l. ſtatu liberum 11. de legatis 2. cum ſimil.* & tamen, *cum liber erit*, inutiliter teſtamento tutor datur *dict. §. 1. in fin. inſt. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* ergo quamvis alius hæres inſtitutus ſit, proprius ſervus, *cum liber erit*, parte hæres inutiliter inſtituitur, ut ingenioſè diſcurrit Gotoffredus in *dict. l. 91. §. 4. de legatis 1. num. 4.* Cujus ſententiam firmare Gaium exiſtimo in *dict. l. 22. hoc tit.* quem ſic expendo: docet Conſultus, ideo proprium ſervum inſtitui, *cum liber erit*, non poſſe, quia qui libertatem ipſe dare poteſt, non debet in caſum à quolibet obvenientis libertatis ſervum hæredem inſtituere: ergo ſentit proprium ſervum non ex aſſe, nec ex parte, *cum liber erit*, utiliter hæredem inſtitui; conſequentiam ſic probo: ſervus proprius ex aſſe ſub ea conditione inſtitutus, ſi quidem in eadem cauſa permanſerit, in caſum à quolibet obvenientis libertatis inſtitutus dici non poteſt, nam etſi maximè ſic concepta ſubſiſteret inſtitutio, à ſolo teſtatore, eodemque domino inter vivos, nec ab alio poteſt, vel vivo, vel mortuo teſtatore manumitti, ex parte verò ſub ea conditione inſtitutus in caſum à quolibet obvenientis libertatis inſtitutus proprius diceretur, poſſet namque à quolibet, id eſt, vel ab ipſo teſtatore inter vivos, vel ab hærede ex alia parte inſtituto poſt ejus obitum manumitti. Dum igitur Gaius in caſum à quolibet obvenientis libertatis proprium ſervum inutiliter docet inſtitui, tam ex parte, quam ex aſſe ſic conceptam inſtitutionem inutilem prorſus eſſe non obſcurè ſignificat, imò & difficiliorem forſan caſum ex parte conceptæ inſtitutionis decidit, & faciliorem alium ex aſſe inſtitutionis ſupponit. Nec ſuperior tunc obſiſtit difficultas cui reſpondet, & rectè Gotoffredus ubi ſupra *dict. num. 4. & num. 9.* quod cum legatarius particularis ſucceſſor ſit, nec defuncti perſonam repreſentet *§. legatarius 11. inſt. de teſtam. ordin.* legatus ſervus tamquam alienus judicatur, & ſine libertate, vel purè, *vel cum liber erit*, utiliter hæres inſtituitur, at cum ex parte inſtitutus hæres defuncti perſonam repreſentet, ſervus qui ad ipſum eſt perventurus, non poteſt tanquam alienus reſpectu teſtatoris cenſeri, ac proinde nec ſine libertate, aut purè, *aut cum liber erit*, inſtitui.

30 Ex his infert primò Goffredus in *dict. l. 91. §. 4. de legatis 1. dict. num. 9. circa fin.* quod hæredis ſervus poteſt, *cum liber erit*, inſtitui, nam alienus reſpectu teſtatoris eſt, ut conſtat ex *leg. ſervo 9. C. de teſtam. manum.* quam Goffredi illationem ex eo veriſſimam cenſeo, quod inſtituti hæredis ſervus etiam purè ex parte poteſt hæres inſtitui *l. ſi ſocius 89. in fin. de hæred. inſt. l. ſi ego 26. l. ſi ex ſua 36. de acquir. hæred.* aut inſtituto domino ſubſtitui *l. cui ſervus 25. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Quod hæredis ſervo purè non rectè legetur *l. ſi legatarius 8. §. 1. de legatis 3. §. an ſervo 32. inſt. de legatis*, non ex eo provenit quod inſtituti hæredis ſervus paſſiva careat teſtamenti factione, cum imò poſſit, ipſi & ſub conditione legari *dict. §. 32. dict. l. 89. de hæred. inſt.* quod paſſivam arguit teſtamenti factionem *ex ſupra dictis num. 14. cum ſeq.* quæ fulciri etiam poſſent *ex leg. cum qui 104. de C. & D.* & fideicommiſſaria libertas relinqui *dict. l. 8. §. 1. de legatis 3.* quæ ejus ſervo, cum quo teſtamenti factio non eſt, non jure relinquitur *l. alieno 31. in primo de fideicommiſſ. libert.* ſed potius ex regula Catoniana, ut communiter docent Interpretes in *dict. §. 32. inſt. de legatis*: ergo & poterit, *cum liber erit*, inſtitui. Infert ſecundò Goffredus ubi nuper ex *num. 10.* quod dominus proprium ſervum quem manumittere non poteſt, veluti in teſtamento, aut in contractu manumitti prohibitum, aut in perpetua vincula damnatum contra terminos textus in *l. ſervus 9. de manumiſſ. & in l. aut damnum 8. §. ult. de pœnis*, utiliter *cum liber erit*, hæredem inſtituit, & inſtitutio ſubſiſtit, ſi ſervus pro præmio libertatem meruerit, quam etiam alioquin manumitti prohibitus adipiſcitur, *l. 3. §. hi quoque 15. ad Syllan.* Sed falſam hanc illationem exiſtimo, nam cum ſervus etſi manumitti non poſſit, in dominio adhuc perſiſtat *dict. l. 8. §. ult. de pœnis*, & ſine libertate paſſivæ teſtamenti factionis ſit expers, nec cum liber erit, nec ſub alia conditione poteſt inſtitui ex *dictis num 25.* Gotoffredum Gaius decepit in *dict. l. 22. hoc tit.* dum dixit ideo proprium ſervum inutiliter, *cum liber erit*, inſtitui, quia qui libertatem ipſe dare poteſt, non debet in caſum à quolibet obvenientis liberta-

tis ſervum hæredem inſtituere, unde ſervum qui manumitti non poteſt, utiliter ſub ea conditione inſtitui Gotoffredus exiſtimavit, quaſi circa eum deciſiva illa ratio ceſſaret, qua motus Gaius proprii ſervi ſub ea conditione conceptam inſtitutionem inutilem eſſe reſpondit. Verum ſi conſulti mens percipiatur deciſiva ejus ratio reſiſtit potius Goſfredo, quam ſavet, nam juris ratio, quam ſuadere Conſultus ſcribit, ut qui libertatem dare poſſet, libertatem ipſe relinquat, & quæ ex eo provenit, quod proprius ſervus ſine libertate paſſiva caret teſtamenti factione, ut dixi *num. 25.* æquè probat ſervum, qui manumitti non poteſt, ex paſſivæ teſtamenti factionis defectu, nec purè, nec ſub conditione, ac per conſequens, *nec cum liber erit*, utiliter hæredem inſtitui.

31 De ſuis autem, & neceſſariis hæredibus, quales ſunt liberi, qui in paternis factis exiſtunt, & primum in familia gradum obtinent *§. ſui autem 2. inſt. de hæred. qual. & differentia.* Si quæratur ſub quibus poſſibilibus conditionibus utiliter inſtituantur, ſequens erit adhibenda diſtinctio, ex ſuis hæredibus, qui præteriti, inutile ſivè injuſtum teſtamentum ipſo jure reddunt, ſub poteſtativa conditione rectè inſtituuntur, quamvis in ejus defectum non exhæredentur, ſub caſuali vero vel mixta conditione non aliter utiliter inſtituuntur, quam ſi ejus in defectum exhæredentur; qui vero etiam præteriti inutile teſtamentum ipſo jure non reddunt, validè ſub quacumque conditione inſtituuntur, & ſic in ejus defectum non exhæredantur. Hinc Digeſtorum jure primi gradus maſculi filii, qui ſoli ex ſuis hæredibus præteriti inutile ipſo jure teſtamentum conſtituunt *l. ſi filius 7. l. inter cætera 30. de liberis & poſthumis princ. inſt. de exhæred. liber.* ſub poteſtativa conditione utiliter inſtituuntur, ſub caſuali vero, vel mixta non aliter quam ſi in ejus defectum exhæredentur *l. ſi filius hæres 16. circa fin. l. filius à patre 28. in principio de liberis & poſthumis l. ſuus quoque 4. in princ. & §. ult. cum leg. ſeq. l. jam dubitari 86. in princip. de hæred. inſt. l. ult. hoc tit. l. ſi pater 4. C. de inſt. & ſubſt.* Sed dices, ideo primi gradus maſculi filii ſui hæredes ſub caſuali, vel mixta conditione non aliter inſtituuntur, quam ſi in ejus defectum exhæredentur, quia niſi in omnem eventum, vel inſtituti, vel nominatim ſint exhæredati inutile teſtamentum efficiunt *dict. l. 30. de liber. & poſthum.* ſub caſuali autem, vel mixta conditione inſtituti, nec in ejus defectum nominatim exhæredati, quamvis & dum pendet conditio, & poſt ejus exiſtentiam ſint inſtituti, in deficientis conditionis caſum, nec inſtituti ex conditionis defectu, nec nominatim exhæredati, ſed præteriti reperiuntur, nec enim exhæredatio, quæ fieri nominatim debet, poteſt ex tacita, ſeu conjecturata parentis, ejuſdemque teſtatoris voluntate produci, argumento textus in *l. hæredes 21. qui teſt. fac. poſſ.* ſed pariter ſub conditione poteſtativa inſtituti, nec nominatim in ejus defectum exhæredati, quamvis & dum pendet conditio, & poſt ejus implementum ſint inſtituti, in non impletæ conditionis caſum, nec inſtituti ex defectu conditionis, nec nominatim exhæredati ex perſpicuæ, ſolemniſque voluntatis defectu, ſed præteriti reperiuntur: ergo nec aliter ſub poteſtativa conditione utiliter inſtituuntur, quam ſi nominatim in ejus defectum exhæredentur, alioquin tanquam in non impletæ conditionis caſum præteriti ab initio teſtamentum conſtituerit.

Nec difficultati ſatisfaciet, qui dixerit ideo maſculos primi gradus filios ſuos hæredes rectè ſub poteſtativa conditione inſtitui, quin in ejus defectum exhæredentur, quia purè inſtituti intelliguntur, cum ſub poteſtativaa conditione concepta inſtitutio pro pura habeatur, ut dicitur in *dict. leg. 1. §. qui ſub conditione 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. junct. leg. qui poteſt 174. in pr. de reg. jur.* & probare videntur textus in *leg. ſi quis inſtituatur 23. §. 1. de hæred. inſt. leg. facta 63. §. ſi ſub conditione 7. ad Trebellian. leg. item a ſubſtituto 13. de legatis præſt. leg. ſi ſervus 4. de rebus auth. jud. poſſ. leg. 1. in pr. de curat. bonor. dand. circa leg. is qui hæres 13. in fin. princ. de acquir. hæred.* nam immo certum, indubitatumque eſt ſub poteſtativa conditione conceptam inſtitutionem non puram, ſed conditionalem eſſe, ut apparet tum ex eo, quod neceſſarius hæres, qui purè inſtitutus ſtatim ex paternæ, aut dominicæ mortis tempore ipſo jure hæres exiſtit, ſub poteſtativa conditione inſtitutus non prius hæres exiſtit, quam conditioni paruerit, *leg. Cornelius 69. dict. leg. 86. §. 1. de hæred. inſt. leg. verba hæc 12. hoc tit. leg. conditionibus 5. de C. & D. dict. leg. 4. de reb. auth. jud. poſſ.* tum ex eo quod ſub poteſtativa conditione inſtitutus, interim dum pendet conditio, nec adire, nec repudiare hæreditatem jure poteſt, *leg. 13. in fin. princ. de acquir. hæred.* ergo poteſtativa conditio, quæ ſubſtantiam inſtitutionis ſuſpendit, reddit omnino inſtitutionem conditionalem, nec contrarium ſupra adducti textus evincunt, in quibus conditionalem omnino eſſe ſub poteſtativa conditione conceptam inſtitutionem potius ſupponitur in *dict. leg. 1. §. 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* docemur quod qui ſub poteſtativa conditione inſtitutus conditioni potuit parere, nec paruit ſi quidem ab inteſtato poſſideat hæreditatem ex edicto illo *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamenti.* relicta in teſtamento legata, & fidei commiſſa præſtare, compellitur, quia licet ſic concepta inſtitutio conditionalis revera ſit, perinde quoad edictum illud habetur, ac ſi purè fuiſſet concepta, quia cum ſic inſtitutus hæres, & conditioni parere, & ex teſtamento acquirere hæreditatem potuerit, dum conditione neglecta teſtamenti cauſam omittit, & ab inteſtato poſſidet hæreditatem, fraudem non minus committit, quam ſi cum purè fuiſſet inſtitutus, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideret hæreditatem ex regula textus in *dict. leg. 174. in pr. de reg. jur.* Sed gravis ex eo oritur difficultas quod quandiu datur teſtamentariæ ſucceſſionis ſpes, tandiu locus legitimæ ſucceſſioni non eſt, *leg. quandiu 39. de acquir. hæred.* Sed quoties inſtitutio ſub poteſtativa conditione concipitur, quandiu inſtitutus hæres ſuperſtes eſt, datur teſtamentariæ ſucceſſionis ſpes, cum poteſtativa conditio non niſi ultimo quo inſtitutus hæres ante ejus implementum decedit, inſtanti, deficere dici poſſit *dict. leg. ult. verſiculo argumentoque eſt hoc tit.* ergo ſub poteſtativa conditione inſtitutus, qui dum pendet conditio, ex teſtamento repudiare hæreditatem non poteſt *dict. leg. 13. de acquir. hæred.* Nec etiam poterit, dum pendet adhuc conditio & datur teſtamentariæ ſucceſſionis ſpes, ab

(32 in right margin beside "Nec difficultati ſatisfaciet")

Digitized by Google

inteſtato hæreditatem poſſidere, vel ſi poteſt: ergo concepta ſub poteſtativa conditione inſtitutio pura omnino nec conditionalis eſt. Cui difficultati poſt varias rejectas ſolutiones, reſpondet *Coſta 2. ſelect. cap. 2. n. ult. in dict. leg. 1. §. 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* ſupponendum eſſe poteſtativam conditionem adjectam inſtitutioni fuiſſe certo temporis ſpatio circumſcriptam, & ſub ea conditione inſtitutum poſt elapſum tempus, intra quod potuit conditioni parere; & ſic poſt defectam conditionem, jam ſibi delatam ab inteſtato hæreditatem poſſediſſe. Verum nec admittenda hujuſmodi ſolutio eſt, nam & ſub poteſtativa conditione certo temporis ſpatio circumſcripta inſtitutus ante elapſum tempus poteſt ex teſtamento cauſam omittere & hæreditatem ab inteſtato poſſidere, ut expreſſè conſtat ex textu *in leg. ſed etſi adhuc 9. junct. leg. præced. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Sed nec Felicius Gotoffredus in *dict. leg. 8. n.* 1. reſpondet, quod licet dum pendet poteſtativa conditio, hæreditas repudiari non poſſit, poteſt tamen teſtamenti cauſa omitti, & ab inteſtato hæreditas poſſideri; nam implicat, ut omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hæreditas poſſideatur, quin repudiata primum ex teſtamento intelligatur, *leg. illud* 77. *de acquir. hered.* ſi igitur dum poteſtativa pendet conditio, omiſſa teſtamenti cauſa ab inteſtato poteſt hæreditas poſſideri, poteſt etiam poteſtativa pendente conditione ex teſtamento hæreditas repudiari. Dicendum itaque potius arbitror circa textum in *dict. leg.* 1. §. 8. *dict. leg.* 9. *leg. mater* 27. §. 1. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* quod etſi dùm poteſtativa pendet conditio repudiari hæreditas ex teſtamento non poſſit, quoties tamen is qui ab inteſtato foret alioquin ſucceſſurus, ſub poteſtativa conditione proponitur inſtitutus, poteſt etiam antè tranſactum tempus, intra quod poterat conditioni parere, teſtamenti cauſam omittere, & hæreditatem ab inteſtato poſſidere, quia hoc ipſo conditio creditur defeciſſe, & ex teſtamento repudiata rectè hæreditas intelligitur, tandiu nimirum pendere poteſtativa conditio dici poteſt, quandiu perſeverat ejus adimplendæ facultas, ex quo vero ea facultas deficit, non jam pendere, ſed deficere, conditio dicitur, profectò autem qui ab inteſtato alioquin ſucceſſurus ſub poteſtativa conditione inſtitutus, omiſſa teſtamenti cauſa ab inteſtato poſſidet hæreditatem, jam poteſtativam conditionem, eo animo, ut ex teſtamento hæreditatem acquirat, adimplere non poteſt, unde in ipſo actu in quo omiſſa teſtamenti cauſa ab inteſtato hæreditas poſſidetur, poteſtativa conditio deficit, ut pote cujus jam non amplius datur adimplendæ facultas, & ut actus ipſe ſubſiſtat, intellectus ordine quaſi prævius poteſtativæ conditionis defectus cenſetur, & hæreditatis ex teſtamento repudiatio ejuſdem ab inteſtato aditionem creditur præceſſiſſe argumento textus in *dict. leg.* 77. *de acquir. hered.* Nec contrarium probat textus in *leg. in plurium* 70. §. 1. *eodem tit.* ubi quod dicitur eum, qui ab inteſtato foret alioquin ſucceſſurus, ſub conditione inſtitutum adire legitimam hæreditatem non poſſe, priuſquam dies conditionis tranſierit, non ad poteſtativam, ſed ad caſualem conditionem, cujus defectus indui ex eo facto non poteſt, referendum exiſtimo.

33 Rurſus in *dict. l.* 23. §. 1. *de hered. inſt.* ſolum aſſeritur, quod ſi ſub poteſtativa conditione inſtitutus, conditionis, cui parere poſſet, differat implementum, ſi quidem hæreditarii creditores urgeant, ne longior ipſis mora fiat. Prætoris partes ſunt, ut congruum tempus præfiniat, intra quod & conditio impleatur, & hæreditas adeatur, quod ipſum traditur in *dict. l.* 4. *de reb. auth. judic. poſſ.* Hoc autem conditionalem omninò eſſe ſub poteſtativa conditione conceptam inſtitutionem ſupponit, alioquin etiam pendente conditione adiri, vel repudiari hæreditas poſſet, unde & in terminis inſtitutionis ſub caſuali, vel mixta conditione conceptæ, ſi creditores urgeant, non omninò diſſimilis Prætoris eſt providentia *dict. l.* 23. §. *item ſi conditioni* 2. *de hered. inſt. dict. l.* 4. *de reb. auth. judic. poſſ.* Sed & ex *dict. l.* 63. §. 7. *ad Trebell.* conditionalem eſſe ſub poteſtativa conditione factam inſtitutitionem evincitur, dum docetur, quod qui ſub poteſtativa conditione inſtitutus, alii reſtituere hæreditatem rogatur, ſi ſuſpectam dicat hæreditatem poſtulante fideicommiſſario, ſi quidem nec difficultatem, nec impendium aliquod habeat conditio, & conditioni parere, & hæreditatem adire, & aditam cogitur reſtituere, ſicuti & neceſſarius hæres ſub ſimili leviſſima conditione inſtitutus, & hæreditatem rogatus reſtituere, in eiſdem terminis & conditioni parere, & hæreditatem cogitur reſtituere *l. ſi ejus pupilli* 64. §. 1. *eodem tit.* Similiter, & textus in *dict. l.* 13. *de legatis præſt.* dum docet quod ſi ſub poteſtativa conditione inſtitutus emancipato filio præterito metu bonorum poſſeſſionis contra tabulas conditionem omiſerit, id eſt, ſi conditionem intra tempus à teſtatore præfixum non impleverit, perinde habetur, ac ſi metu bonorum poſſeſſionis contra tabulas adire hæreditem noluiſſet, & emancipatus præteritus filius relicta in inſtitutionis gradu legata præſtare exceptis perſonis ex edicto *de legatis præſtandis* compellitur, non minus, quam ſi purè inſtitutus hæres bonorum poſſeſſionis metu hæreditatem repudiaſſet *l.* 4. *eodem tit.* pro ut explicat D. Retes *in adverſar. de legatis præſt. cap.* 15. *num. ult.* conditionalem eſſe ſic conceptam inſtitutionem ſupponit, cum poſt conditionis defectum hæreditatem adiri non poſſe aſſereret.

Magis profectò vrgere videtur textus in *dict.* 34
l. 1. *in princ. de curat. bon. dand.* ubi quod dicitur ſub poteſtativa conditione inſtitutum etiam pendente conditione repudiare hæreditatem poſſe, præter quam quod adverſatur, regula textus in *dict. l.* 13. *de acquir. hered.* puram eſſe ſub poteſtativa conditione factam inſtitutionem demonſtrat. Cui difficultati, ut occurrant Goffredus in *dict. l.* 70. *de acquir. hered. num.* 2. ex antiquioribus alii, quibus, & conſentit Cujacius *tit.* 57. *Paul. ad edict, in dict. l.* 1. reſpondent, quod etſi poteſtativa conditione pendente, hæreditas tanquam nondum delata repudiari ſimpliciter non poſſit, juxta textum ſic intelligendum in *dict. l.* 13. *de acquir. hered.* juncta regula textus in *l.* 1. §. *decretalis de ſucceſſ. edict.* in jure tamen, id eſt, apud Prætorem urgentibus creditoribus ſub commemoratione conditionis poteſt repudiari. Sed cum ſub poteſtativa conditione pendente nondum hæreditas deferatur, quo pacto apud Prætorem repudiari poſſit, ſanè non video, nec enim perſuadeor

Prætoris

Digitized by Google

Prætoris autoritatem efficere, ut inutilis alioquin repudiationis actus ſubſiſtat. Quare dicendum exiſtimo Paulum in *dict. l. 1. de curat. bon. dand.* non aſſerere, quod ſub poteſtativa conditione inſtitutus poteſt pendente conditione hæreditatem apud Prætorem repudiare, ſed ſolum quod ſi urgentibus creditoribus, ut tempus ad hoc, ut conditioni pareret, à Prætore præfiniatur, ſe, etiamſi conditio extiterit, non aditurum hæreditatem reſponderit, vendenda erunt bona defuncti, ut creditoribus ſatisfiat, dum verò urgentibus creditoribus apud Prætorem, ſe, etſi conditio extiterit, non aditurum hæreditatem reſpondet, non quidem hæreditatem repudiat, quam etſi maximè vellet, tanquam nondum ſibi delatam repudiare non poſſet, ſed cum creditoribus de hæreditate etiam poſt exiſtentem conditionem non adeunda jure paciſcitur. Explorati ſi quidem juris eſt, quod etſi dum pendet conditio, non rectè hæreditas repudietur, pactum tamen de hæreditate poſt conditionis exiſtentiam non adeunda jure ſubſiſtit, & licet ſolum jam delata rectè repudiemus, etiam ſuper nondum delatis rectè paciſcimur, ut in conditionalis legati terminis probant textus in *l. & hæredi 21. §. item filiusfamilias 4. de pactis, l. 3. §. ſi quid minori 7. de minoribus, l. 1. l. cum proponas C. de pactis l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſactionibus junct. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. 1. de legatis 2.* Unde & ſub caſuali conditione inſtitutus, ſi quidem urgentibus creditoribus apud Prætorem ſe, quamvis conditio extiterit, non aditurum hæreditatem reſponderit, cenſetur hoc ipſo cum creditoribus de hæreditate poſt conditionis exiſtentiam non adeunda paciſci, & ſtatim defuncti bona à creditoribus poſſidentur, juxta textum, quem in caſualis conditionis terminis ſic accipit Cujacius in eo *lib. 57. Paul. ad edict. in dict. l. 70. §. 1. de acquir. hæred.* Nec adverſatur ejuſdem Pauli textus in *dict. l. 1. §. 1. de curat. bon. dand.* ubi poſtquam de inſtituto ſub poteſtativa conditione tractaverat, per adverſativam dictionem ſic ait: quod ſi nihil facere poteſt, *curator bonis conſtituendus eſt*, nam licet in his verbis de inſtituto ſub caſuali conditione loquatur, non ideo docet, quod ſic inſtitutus ſe, etſi conditio extiterit, hæreditatem non aditurum, reſpondere non poteſt, ſed imò in neceſſarii hæredis, ſervi videlicet proprii ſub caſuali conditione cum libertate inſtituti, terminis, quales ab eodem Paulo *ſub eodem lib. in dict. l. 4. de reb. auth. judic. poſſ.* ponuntur, debet exaudiri, qui nec conditioni, quæ in ejus poteſtate non eſt, parere compellitur, & qui, cum exiſtente conditione neceſſarius hæres ſit extiturus, ſe poſt conditionis exiſtentiam hæreditatem non aditurum, non niſi fruſtra reſponderet, prout eleganter eum textum, explicat Cujacius ibi *dict. l. 57. Paul. ad edictum.*

35 Ex his, licet conditionalem omninò eſſe ſub poteſtativa conditione conceptam inſtitutionem appareat, diluenda eſt difficultas ſupra expenſa *num. 31.* & vera, genuinaque ratio derivatur, propter quam maſculi primi gradus filii ſui hæredes, quamvis debeant in omnem eventum inſtitui, aut nominatim exhæredari, ne alioquin ſi in aliquem caſum ſint præteriti, injuſtum ab initio paternum teſtamentum reddant, ſub poteſtativa conditione rectè inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur, quæ in eo eſt, quod ubi ſic inſtituuntur, in omnem eventum inſtituti, nec in deficientis poteſtativæ conditionis caſum præteriti repeririuntur. Nam quiſquis ſub poteſtativa conditione inſtituitur, ſi quidem implere conditionem omiſerit, non ideo præteritus dici poteſt, imò perindè habetur, ac ſi hæreditatem ex teſtamento repudiaſſet *dict. l. 1. §. 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. dict. l. 13. de legatis præſt.* ergo filii ſub poteſtativa conditione inſtituti, ſi implere conditionem omiſerint, non ideo in eum caſum præteriti dicendi ſunt, ſed perinde habendi, ac ſi teſtamento paternam omiſerint hæreditatem. Et quemadmodum quamvis purè inſtituti ex Prætoris beneficio de quo in *l. neceſſariis 97. de acquir. hæred. cum ſimil.* poſſint paterna, ſe hæreditate abſtinere, nemo ex eo dixerit, quod debeant in abſtentionis caſum nominatim exhæredari, cum tunc non præteriti reperiantur, ſed voluntariè paternis bonis ſe abſtineant, ſic licet ſub poteſtativa conditione inſtituti poſſint implere conditionem, vel omittere, non ex eo debent in deficientis conditionis poteſtativæ caſum nominatim exhæredari, cum ſi conditioni parere neglexerint, non præteriti reperiantur, ſed imò voluntariè quam, conditioni parendo acquirere potuerunt, paternam hæreditatem omittant. Si dicas: maſculi primi gradus filii ſui hæredes, nec ſub poteſtativa conditione utiliter exhæredantur *leg. 3. §. 1. de liberis & poſthumis l. ſed ſub conditione 18. in principio de bonorum poſſeſſ. contra tabular.* Ergo nec ſub poteſtativa conditione utiliter inſtituuntur. Omiſſa nunc differentiæ ratione, quam tradit noſter Valentia *3. illuſtr. tract. 3. cap. 5. ex num. 8.* & inferius impugnabo, non difficulter reſpondebo, illud quoad propoſitum inter inſtitutionem, & exhæredationem intereſſe, quod ſcilicet filii ſub poteſtativa conditione inſtituti, in omnem eventum inſtituti, nec præteriti in aliquem caſum inveniuntur, ut nuper dicebam; ſub poteſtativa vero conditione exhæredati in non impletæ conditionis caſum præteriti juxta parentis judicium inveniuntur, qui nec eos aliter exhæredatos voluit, quam ſi conditioni paruiſſent, & idcirco injuſtum ab initio paternum teſtamentum conſtituunt. Hujus autem diſcriminis rationis vera ratio ex diverſa ſub poteſtativa conditione inſtituentis, & exhæredantis parentis voluntate meo judicio proficiſcitur, qui ubi ſub poteſtativa conditione filium inſtituit, non tam in id conditionem adſcribit, ut filium in deficientis conditionis caſum ab hæreditate ſubmoveat, quam ut filium, qui neceſſarius alioquin foret extiturus, voluntarium hæredem conſtituat *dict. l. 69. de hæred. inſt. dict. l. 12. hoc tit.* qui ſi paterno beneficio uſus implere conditionem omiſerit, non ideo in eum caſum præteritus judicatur, ſed voluntariè paternam hæreditatem omiſiſſe cenſetur; at ubi ſub poteſtativa conditione filium exhæredatum ſcribit, in ejus quidem gratiam poteſtativam adjicit conditionem, ut ſi eam adimplere neglexerit, aut quod idem eſt, ſi noluerit, & hæres non ſit, aut à paterna non excludatur hæreditate, unde in non impletæ conditionis caſum exhæredatus juxta parentis voluntatem non eſt, rurſus nec inſtitutus in

eum caſum dici poteſt, cum inſtitutio expreſſa, ſolemniaque verba deſideret, nec ſit ſola voluntate contexta *dict. leg.* 21. *in pr. qui teſtam. fac. poſſ. cum ſimil.* in eum igitur caſum præteritus invenitur, ac per conſequens irritum ab initio paternum teſtamentum conſtituit.

36 Hinc (ut poteſtativæ conditionis exempla ſubjiciam) ſub illa conditione *ſi voluerint maſculi.* primi gradus filii utiliter inſtituuntur dict. *leg.* 69. *de hæred. inſt. dict. leg.* 12. *hoc tit.* nec debent in ejus defectum exhæredari, quod negandum omnino eſt, adhuc tamen ſub conditione illa, *ſi voluerint inſtitui*, non ideo deberent in ejus defectum exhæredari, cum nec poſſibilis apta in ejus conditionis defectum reperiatur exhæredatio, quæ immò ſi verbis exprimeretur, inepta penitus foret, huic enim conditioni, *ſi volet hæres eſto.* nulla alia poſſunt contraria verba concipi, quam hæc, *ſi nolet hæres eſſe, exhæres eſto.* ſub quibus non niſi ridiculè exhæredatio conciperetur, quæ cum filii notam contineat, *leg. non putavit* 8. *in pr. leg. filium* 20. *in pr. verſiculo Julianus de bonorum poſſeſſione contra tabulas*, ridiculè ſanè in ejus voluntate conferretur. Accedit, quod ſic inſtitutus filius, ſi quidem velit, patri ex teſtamento ſuus hæres exiſtit, & ita demum paternam amittit hæreditatem, ſi hæres eſſe noluerit, quo caſu non tanquam exhæredatus ab hæreditate repellitur, ſed immo tanquam voluntarius hæres hæreditatem omittit; ergo non niſi ridiculè in eum caſum filius exhæredaretur, in quem voluntariè paternam hæreditatem omitteret. Quam etſi generalem doctrinam, limitationem illam pati rectè Goffredus exiſtimat in *dict. leg.* 86. *n.* 1. ſi ſcilicet infans, furioſuſve filius ſub ea conditione inſtituatur, qui omnimodo debet in ejus defectum exhæredari, tunc enim non poteſtativa ſed mixta illa conditio eſt, cum partim ex incerto pendeat eventu, ſi ſcilicet furioſus compos mentis fuerit effectus, aut infans ad eam ætatem pervenerit, in qua poſſit voluntatem exprimere, partim ex ipſius filii, poſtquam jam velle, vel nolle potuerit, voluntate. Extra hunc vero caſum poteſtativa ſine dubio illa conditio eſt, & quamvis extranei hæredis inſtitutioni fruſtra adjiciatur, ut potè qui ea etiam non adjecta voluntarius hæres eſt, ut ex proximè relatis juribus conſtat (quod digeſtorum jure ſecurè procedit, per novas autem Theodoſii, & Juſtiniani ſanctiones in *leg. unic. C. de his qui ante apertas tabulas & in leg. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. deliber.* quæ novas circa extraneos hæredes adeundæ hæreditatis juris tranſmiſſionis ſpecies induxerunt, de quibus ex profeſſo tractavi in *Academicis de tranſmiſſione hæred cap.* 3. *per tot.* aliter forſitan obſervatur, & hodiè non fruſtrà ſub illa conditione *ſi volueris*, extraneum hæredem inſtitui, immò conditionalem omnino eſſe ſit conceptam inſtitutionem, ita ut ſi ſic inſtitutus extraneus antè declaratam voluntatem, & ſic antè impletam poteſtativam illam conditionem deceſſerit ad hæredes traſmittere ex novis conſtitutionibus, jus adeundæ hæreditatis non poſſet, docent Gohoffredus *in dict. leg.* 69. *de hæred. inſt.* & Antonius Gomez 1. *var. cap.* 9. *num.* 33. circa quam opinionem judicium nunc ſuſpendo, nec me latet contrarium tenere Petr. Barb. *in leg.* 3. *de legatis* 1. *num.* 9. *cum ſeq.*) ſui hæredis inſtitutione utiliter adjicitur, & conditionalem ita reddit inſtitutionem, ut ſic inſtitutus ſuus non prius hæres exiſtat, quam voluerit, & ſic conditioni paruerit, ut præter prædicta jura probant ab argumento textus, *ſi ita legatum* 65. §. 1. *de legatis* 1. *& in leg. ſi ita expreſſum* 69. *de C. & D.* Pro quorum explicatione videnda quæ dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap.* 5. *n.* 11. ſic itaque inſtitutus ſuus, qui neceſſarius alioquin non eſſet exiturus, voluntarius hæres conſtituitur, nec tamen ideo poterit hæreditatem repudiare, ut potè quæ nec antè defertur, quam ſuus hæres voluntatem expreſſerit, & conditionem impleverit, & in ipſo declaratæ voluntatis, ſive adimpletæ conditionis inſtanti ſimul defertur, & acquiritur *dict. leg.* 86. §. 1. *de hæred. inſt. dict. leg.* 5. *de C. & D.* & ſic nec pendente conditione tanquam nondum delata, nec poſt implementum conditionis, tanquam jam acquiſita poteſt repudiari ex regula textus in *dict. leg.* 1. §. 7. *de ſucceſſ. edict.* Sed etſi ſic inſtitutus ſuus expreſſe hæres non eſſe voluerit (quod neceſſario deſideratur ad hoc, ut jam amplius conditionem implere, & ex teſtamento admitti ad paternam ſucceſſionem non poſſit) hujuſmodi voluntas non quidem paternæ hæreditatis, ut potè nunquam delatæ repudiationem, ſed conditionis defectum inducit, ut mirifica ſubtilitate docet Goffredus *in dict. leg.* 86. *de hæred. inſt. n.* 3. *& præcipuè n.* 7. *&* 8. quamvis ſuus hæres dum implere illam conditionem omittit, impropriè dici poſſit paternam hæreditatem omittere argumento textus in *dict. leg.* 1. §. 8. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. & in dict. leg.* 13. *de legatis præſt. ut anterori n. dixi.*

Similiter & ſub illa conditione *ſi Capitolium aſcenderit*, filius ſuus hæres utiliter inſtituitur, 37
quin in ejus defectum exhæredetur, quamvis parens certum aliquod temporis ſpatium parendi conditioni præfixerit, quæ non ideo poteſtativa eſſe deſinit *leg. ſed ſi conditioni* 6. *in princ. de hæred. inſt.* ſic & ſub his conditionibus, *ſi Alexandeiam ierit, ſi titio decem dederit, cum teſtamentum fecerit*, tanquam poteſtativis, filius rectè hæres inſtituitur, nec debet in earum defectum exhæredari *leg* 4. *in princ. &* §. 1. *cum leg. ſeq. eodem tit. dict. leg. ult. hoc tit. leg. libertus* 20. §. *ſi libertinus* 4. *verſiculo nam ſi id genus de bon. libert.* Sed illud non leviter obſtat, quod hujuſmodi conditiones non merè poteſtativæ, immò mixtæ ſunt: ergo ſub eis non aliter filius ſuus hæres utiliter inſtituitur, quam ſi in earum defectum exhæredetur ex regula textus in *dict. leg.* 4. *C. de inſt. & ſubſt.* Aſſumptum per earum ſingulas diſcurrenti patebit. Et primo conditio illa, *ſi Alexandriam ierit*, mere poteſtativa non eſt, cum etſi maximè filius Alexandriam ire conſtituat, poſſit tamen vel ægritudine, vel facultatum defectu, vel adverſi temporis conditione detineri, ut Ulpianus agnoſcit in *dict. leg.* 4. §. 1. *de hæred. inſt.* & ab argumento probari videtur in *dict. leg.* 4. *C. de inſt. & ſubſtit.* ubi conditio, quæ poteſt fortuito aliquo caſu deficere, mixta quoad propoſitum eſſe dicitur. Secundo conditio illa, *ſi titio decem dederit*, non merè poteſtativa, immò mixta potius eſt; cum partim pendeat ex filii poteſtate, partim ex ejus arbitrio, qui conditionis adimplendæ cauſa pecuniam eſt accepturus, & licet pro impleta habeatur, ſi decem filius offerat, eaque tit ut accipere renuat *leg.* 3. *hoc tit.* junct. regula

Digitized by Google

textus in *leg. jure Civili* 24. *de C. & D.* non ex eo mixta eſſe deſinit, nam & conditio, ſi titium adoptaverit, ſiquidem parato filio adoptare, titius nollit ſe adoptandum dare, juris cenſura pro impleta habetur, nec tamen ideo poteſtativa, ſed mixta potius cenſetur, nec ſub ea filius rectè aliter inſtituitur, quam ſi in ejus defectum exhæredetur, ut utrumque probat textus, juncto ibi Cujacio *lib.* 29. *digeſtor. Julian. in leg. ſi quis teſtamento* 11. *hoc tit.* Rurſus conditio illa poteſt etiam fortuito caſu deficere, veluti ſi titius, qui pecuniam erat accepturus, ante eam acceptam deceſſerit, tunc ſi libertati fuiſſet adſcripta, propter ejus favorem impleta conſtituto jure cenſeretur, inſtitutioni vero vel legato appoſita deficere dicitur in *leg. cum ita* 94. *in princ. verſiculo diverſa de C. & D.* cujus doctrinam, etſi conditio illa filii ſui hæredis inſtitutioni fuerit adſcripta, procedere, nec eamdem filii inſtitutionis & libertatis eſſe rationem, inter ſe collatis duabus Ulpiani deciſionibus in *dict. leg.* 4. §. 1. *de hæred. inſt. & in leg.* 3. §. *non ſolum* 10. *verſiculo ſanè de ſtat. liberis.* ſubtiliter docet Coſta 2. *ſelect. cap.* 9. *per tot.* Mixta igitur potius quam merè poteſtativa hujuſmodi conditio eſt, ut tenet Accacius Ripoll. *ad leg.* 2. *de C. & D. num.* 62. & cenſiſſe videtur Coſta *dict. cap.* 9. *num.* 13. Denique & illa conditio, *cum teſtamentum fecerit*, non ſolum ex filii arbitrio, verum & ex teſtiom qui & rogati eſſe debent, & quorum ſuſcriptiones, & obſignationes requiruntur, voluntate dependet, & poteſt etiam fortuito caſu deficere, ut colligitur ex textu in *leg. is qui teſtamento* 25. *qui teſt. fac. poſſ.* mixta igitur potius, quam mere poteſtativa eſt.

38 Nonnullis ex his difficultatibus (nec enim omnes prævidit) coactus Accacius Ripoll. in *dict. leg.* 2. *de C. & D. num.* 27. *cum* 2. *ſequentibus, & num.* 63. *cum aliquibus antiquioribus* aſſerere auſus eſt, filium ſuum hæredem ſub mixta conditione, quæ adimpleri facilè poſſit, rectè hæredem inſtitui, quin in ejus defectum exhæredetur. Et Ulpianum in *dict. leg.* 4. *in pr. &* §. 1. *de hæred. inſt.* dum ait quod filius ſub conditione, quæ in ejus eſt poteſtate, utiliter inſtituitur, non quidem de poteſtativa conditione accipiendum, quatenus à caſuali & mixta conditione diſtinguitur, ſed de ea, quæ in poteſtate filii eſt, & ab eo poteſt faciliter adimpleri, ſive merè poteſtativa ſit, ſive mixta, & in ſumma de facili potius, quam de poteſtativa conditione tractare, & id ſignificare in illis verbis textus, in *dict.* §. 1: *ibi eſſe in difficili.* Verum falſa hæc opinio eſt tum quia mixta conditio nec facilis, nec in filii poteſtate eſt, illud enim facilè, & eſſe in poteſtate cujuſpiam dicitur, quod ipſe ſine incommodo, ſi velit poteſt expedire, & nec ex alieno arbitrio, nec ex fortunæ caſu dependet, ut notum eſt, mixta igitur conditio, quæ licet partim ex filii voluntate dependeat, partim in incertum fortunæ caſum confertur, nec facilis nec in filii poteſtate eſt, tum quia Ulpianus in *dict. leg.* 4. *in princ. &* §. 1. expreſſe de poteſtativa conditione pertractat, loquitur enim de conditione, quæ in arbitrio & poteſtate filii eſt; hæc vero nulla alia, quam poteſtativa eſſe poteſt, cum nec aliis terminis explicari, ſeu definiri poteſtativa poſſit conditio. Quapropter ut ſuperioribus difficultatibus ſatisfaciam, ſtatuo cum Cujacio ad *Pandect. in dict. leg.* 4. §. 1. *& lib.* 14. *obſerv. cap.* 2. *Dioniſio Gothofredo in marginal. not. ad textum in leg. ſi jam facta* 11. §. 1. *de C. & D. Sarmiento* 2. *ſelect. cap.* 2. *n.* 14. *& Arias de Meſa* 2. *var. cap.* 4. *n.* 3. quod ubi quæritur, quænam ſit in poteſtate conditio, facti magis, quam juris quæſtio eſt, *ut in dict. leg.* 4. §. 1. Ulpianus agnoſcit, & quamvis verum generaliter ſit, eam poteſtativam eſſe conditionem, quam quotieſcumque volumus, implere facilè poſſumus, ejus tamen exempla nec perpetuo conſtant, nec definiri generaliter poſſunt, vel ſaltem non æqoè facilè in univerſum definiri, quam ſingula ex conditionis genere poſſunt æſtimari, ut probant ab argumento textus, *in leg. mora* 32. *in fin. princ. de uſur. leg. penult. de imp. in reſ. dot. fact. leg. Mævia* 13. §. 1. *de annuis legat.*. Hinc (ſi conditionem *ſi voluerit* excipiamus) ſi quidem per ſingula poteſtativæ conditionis exempla diſcurramus, comperiemus ſtatim nullum in ſpecie eſſe poteſtativæ conditionis exemplum, in quo non poſſit conditio, vel mixta ab initio eſſe, vel fortuito poſtea caſu deficere, & idcireo poteſtativas conditiones promiſcuas Paulum apellaſſe in *dict. leg.* 11. §. 1. *de C. & D.* quia nulla ferè eſt poteſtativa conditio, quæ non poſſit non poteſtativa eſſe, quod in caſuali ſecus eſſe, quæ numquam poteſtativa eſſe poteſt, Cujacius exiſtimat *dict. leg.* 14. *obſerv. cap.* 2. cui & ſubſcribit Meſa *dict. cap.* 4. *n.* 5. quamvis aliter eum textum explicent Donell. 8. *comment. cap.* 33. & Oſſuald. *ibi littera N.* Aſſumptum præterquam quod *ex anteriori num.* dictis evincitur *ex dict. leg.* 4. §. 1. *de hæred. inſt.* amplius roboratur, ubi docet Ulpianus, quod conditio, *ſi Alexandriam ieris*, ei qui à primo Alexandriæ milliario agit, impoſita, in ejus eſt poteſtate, ſignificans quod ei, qui ab Alexandria longiſſimè d ſtat; veluti ſi Romæ commoretur adſcripta, poteſt propter hiemis conditionem in ejus arbitrio non eſſe, & ſimiliter conditio, ſi titio decem dederit, quæ ei, qui decem habet adſcripta, ſi qoidem præſens titius ſit, in ejus eſt poteſtate *leg.* 2. *de C. & D.* Poteſt tamen eſſe in difficili, nec ex poteſtate pendere, ſi forſan titius longuiquo itinere peregrinetur, propter quæ ad generalem, quam initio appoſuerat, definitionem, recurrendum eſſe concludit, ita ut juxta facti qualitatem, & circumſtantias, utrum poteſtativa, vel non poteſtativa ſit conditio dijudicetur.

Ex qua doctrina expenſis *num.* 37. difficultatibus jam reſpondeo, quod ſiquidem filius à 39
primo Alexandriæ milliario agat, & nec ægritudine, nec facultatum defectu, nec adverſi temporis conditione Alexandriam ire impediatur, ſub ea conditione *ſi Alexandriam ieris*, tanquam merè poteſtativa rectè hæres inſtituitur, quin in ejus defectum exhæredetur juxta textus ſic intelligendos in *dict. leg.* 5. *de hæred. inſt. & in dict. leg. ult. hoc tit.* alioquin ſi poteſtativa ea conditio non fuerit, ſub ea non aliter filius inſtituetor, quam ſi in ejus defectum exhæredetur, ut ſatis indicat Ulpianus in *leg.* 4. §. 1. *de hæred. inſt.* & probat textus in *dict. leg.* 4. *C. de inſt. & ſubſt.* hoc ipſum de conditione, *ſi titio decem dederit*, juxta *præcedenti num.* traditam diſtinctionem dicendum eſt, quæ ſiquidem titius præſens ſit, non ex eo poteſtativa eſſe deſinit, quod poſſit ipſe oblata ſibi decem accipere recuſare, cum pro impleta juris cenſura tunc habeatur *dict. leg.*

3. *hoc tit.* juncta *dict. leg.* 24. *de C. & D.* Nec refragatur textus in *dict. leg.* 11. *hoc tit,* nam reſpondere primo poſſem Julianum ibi de ea conditione tractare, *ſi titium adrogaveris*, ut conſtat ex illis textus verbis, *titius nolit ſe adrogandum dare*, quæ licet pro impleta habeatur, ſi parato filio adrogatore, titius nolit ſe adrogandum dare, poteſtativa tamen nun eſt, nam adrogatio ad adoptionis diſcrimen olim quidem non niſi juſſu populi fiebat, poſt Regiam vero legem noq niſi prævia cauſæ cognitione præhabita, in qua diligenter plurima diſcutiuntur, & per principale reſcriptum expeditur *leg. 2. in princ. leg. ſi pater famil.* 15. §. *in abrogationibus* 2. & §. *ult. leg. nec ei* 17. §. *præterea* 3. *de adopt.* Cujus inter adoptionem, & adrogationem differentiæ ſpecioſam non minus quam veram rationem præſtat Antonius Faber in *Papin. tit.* 11. *de adopt. princ.* 1. *illat.* 9. & 10. poteſtativa vero dici non poteſt conditio, quæ non aliter adimpletur, quam ſi principis reſcriptum fuerit impetratum, immò difficilis omnino cenſetur, licet id, quod in conditione continetur, concedere princeps ſoleat, alioquin impoſſibilis de jure intelligitur argumento textus in *leg. cum ſervus* 39. §. *ult. de legatis* 1. ut ad rem aliam tenent Coſta 1. *ſelect. cap.* 8. *num.* 14. *Molina de Hiſp. primog. lib.* 2. *cap.* 13. *ex num.* 8. & *plures alii*, quos ibi ejus addicionarores plenè cumularunt. Secundo reſpondeo, quod conditio, *ſi titium adoptaverit*, etſi ad ſpecificam adoptionem referatur, quæ Magiſtratus authoritate expeditur, veluti ſi titius filiusfamil. ſit, poteſtativa tamen non eſt, nam etſi liberum filio ſit titium adoptare velle, & in eam rem magiſtratum adire, quod ſufficit, ut ſi titius nolit ſe adoptandum dare, pro impleta conditio habeatur, non ideo in ejus poteſtate eſſe conditio intelligitur, quippè id dumtaxat unus quiſque poſſe intelligitur, quod commode poteſt *leg. nepos procul*o 125. *de verb. ſign.* nec vero filius commode titium adoptare poſſe cenſetur, cum ejus onera, qui in adoptionem datus eſt, ad adoptivum parentem transferantur *leg. penult. de adoptionibus juncto Fabro dict. tit.* 11. *de adopt. princ.* 1. *illat.* 29. unde ſub illa conditione, *ſi titium adoptaverit*, ſive ad adrogationem, ſive ad ſpecificam adoptionem referatur, cum poteſtativa non ſit,; non rectè filius hæres inſtituitur, niſi in ejus defectum exhæredetur, ut ſupponit Julianus in *dict. leg.* 11. *hoc tit.* (de cujus quoad rem aliam conciliatione *cum leg. uxorem* 41. §. *hæres* 8. *de legatis* 3. conſulendus Coſta *dict. leg.* 1. *ſelect. cap.* 3. *per tot.*) quem ſic quamvis nulla ex ſuperioribus rationibus adducta breviter exaudiunt Cujacius *dict. tit.* 29. *filiusfam. ejuſdem in dict. leg.* 11. Cheſius 1. *interp. cap.* 17. *n.* 15. Hin obiter infero, quod ſub ea conditione *ſi Mæviam uxorem duxerit*, filius non rectè hæres inſtituitur, niſi in ejus defectum exhæredetur, quia licet conditio illa, ſi quidem filius nuptias inire paratus ſit, nec nubere mævia velit, pro impleta, habeatur, *leg. ſi poſt diem* 5. §. *item* 5. *verſiculo ſed etſi ita quando dies leg. ced.* propter onera matrimonii difficilis potius, quam merè poteſtativa cenſetur ex regula textus in *dict. leg.* 125. *de verb. ſign. junctis leg. ſi quis* 21. §. 1. *de donat. inter & leg. pro oneribus* 10. *c. de jur. dot.* Non idem de conditione, *cum teſtamentum fecerit*, dicendum eſt, quæ immò, ſi filius ibi commoretur, ubi teſtari commodè poſſit, mere poteſtativa eſt, textus ſic intelligendus in *dict. leg.* 20. §. 4. *verſiculo nam ſi id genus de bonis libert.* nec quod rogari teſtes debeant, eorumque ſubſcriptiones, & obſignationes ad teſtamentum jure condendum exigantur, quidquam facit, nam immo facillimè & rogatos teſtes adeſſe, & ſolemnia teſtamenti peragere, vel inveterata experientia compertum eſt, quod ſufficit ut facilis & merè poteſtativa illa conditio eſſe intelligatur.

Sed illud adhuc graviter urget, quod condi- 40
tiones illæ, *ſi titio decem dederit*, *cum teſtamentum fecerit*, poſſunt fortuito caſu deficere, prout in terminis textus in *dict. leg.* 25. *qui teſt. fac. poſſ.* & *in dict. leg.* 94. *verſiculo diverſa de C. & D.* mixtæ igitur potius, quam merè poteſtativæ ſunt, ac per conſequens nec ſub eis filius hæres inſtitui jure poterit, niſi in earum defectum exhæredetur, ne alioquin ſi fortuito caſu defecerint, præteritus inveniatur. Huic difficultati, quam ab interpretibus prævíſam nondum comperui, ut reſpondeam, fateor equidem, conditiones illas poſſe fortuito aliquo caſu etiam contra filii voluntatem deficere, nec tamen ideo ab initio poteſtativas non eſſe inferri crediderim, nam ubi quæritur utrum poteſtativa conditio ſit, non futuri, ſed immo præſentis temporis rationem haberi oportet argumento textus, *in leg. continuus* 137. §. *cum quis* 6. *in fin. de verb. oblig.* Si igitur conditio facilis initio ſit, & ex filii pendeat arbitrio, non ex eo, quod fortuito poſtea caſu deficere poſſit, ab initio poteſtativa cenſetur, ac proinde ſub ea conditione concepta filii inſtitutio utilis ab initio eſt, etſi in ejus defectum adjecta exhæredatio, non fuerit. Cæterum ſi conditio, quæ poteſtativa initio fuit, poſtea non poteſtativa eſſe cæperit, vel fortuito caſu defecerit, an quæ ſub ea utiliter initio concepta filii proponitur inſtitutio, irrita poſtea fiat, & ex eo paternum teſtamentum infirmetur, non ineleganter quæritur. In qua re ab interpretibus alto ſilentio prætermiſſa ſola juris ratione duce multum intereſſe exiſtimo, an antè an vero poſtquam filius parere conditioni potuerit, conditio non poteſtativa eſſe cæperit, aut fortuito caſu defecerit; & primo caſu, quæ utilis ab initio fuit, irritam poſtea fieri, filii inſtitutionem & infirmari paternum teſtamentum non dubito, nam quæ ab initio utiliter conſiſtunt, ſi quidem plenè nondum perfecta, ſive conſumata ſint, ubi ad eum caſum perveniunt, à quo incipere non poſſunt, & à quo implicat continuari, prorſus extinguuntur *leg. penult.* §. *ult. de verb. oblig.* ſic intelligenda & concilianda *cum leg. in ambiguis* 85. §. 1. *de reg. jur. ex ſententia Donelli in dict. leg. penult.* §. *ult.* & *Arnoldi Vinnii in* §. *ex contrario* 14. *inſt. de legatis num.* 3. Sed ſub poteſtativa conditione concepta filii inſtitutio, etſi utilis initio ſit, plenè tamen perfecta, ſeu conſumata antè implementum conditionis non eſt, etſi quidem priuſquam filius parere conditioni potuerit, conditio poteſtativa eſſe cæperit, aut fortuito caſu defecerit, ad eum caſum pervenire dignoſcitur, à quo nec incipere potuiſſet, nec continuari jam poteſt, quippè cum non alia ratione filius ſub poteſtativa conditione inſtitutus in ejus defectum præteritus intelligatur, niſi quia dum implere conditionem omittit, perinde

Digitized by Google

habetur ac ſi voluntariè paternam omiſiſſet hæreditatem, ut dixi *num.* 35. Conſtat quod ſi antequam filius potuiſſet conditioni parere, conditio non poteſtativa eſſe cæperit, vel fortuito caſu defecerit, filius, qui voluntariè tunc paternam hæreditatem omittere cenſeri non poteſt, omnino præteritus in conditionis defectum reperitur: igitur quæ ad eum caſum filii pervenerit inſtitutio, etſi utilis initio fuerit, irrita profectò eſſe incipit, & ex eo paternum teſtamentum infirmatur; idque ſenſiſſe Martianum exiſtimo in difficillimo textu, quem noviter intelligo in *dict. leg. 86. in princ. de hæred. inſt.* Ubi dum docet conſultus, quod etſi ita juris eſſet, ut filius ſub poteſtativa alia conditione inſtitutus deberet in ejus defectum exhæredari ſub conditione, *ſi voluerit inſtitutus*, non niſi ridiculè in ejus defectum exhæredaretur, non obſcurè ſignificat, quod filius ſub poteſtativa alia conditione inſtitutus, licet in ejus defectum exhæredari neceſſariò non debeat, poterit tamen non ridiculè, immò aliquo juris effectu utiliter exhæredari. Hæc vero Martiani ſententia (quod interpretes non advertunt) ex eo difficillima redditur, quod duplex illa juris ratio, quam efficere *num.* 36. ſupra dixi, ut ſub ea conditione, *ſi voluerit inſtitutus filius*, non niſi ridiculè in ejus defectum exhæredetur, non minus in poteſtativa alia quacumque conditione verſatur, ut conſideranti patebit; ergo & ſub poteſtativa alia conditione inſtitutus non niſi ridiculè in ejus defectum exhæredaretur. Verum elegans deciſiva Martiani ratio in eo, meo quidem judicio, eſt quod etſi filius ſub poteſtativa illa conditione ab initio utiliter inſtituatur, quin in ejus defectum debeat exhæredari, quia de præſenti poteſtativam eſſe conditionem ſat eſt, nec curatur quod poteſtativa non eſſe ſed fortuito caſu deficere poſtea poſſit, non tamen ridiculè, immo utiliter poterit in ejus defectum exhæredari, & videlicet juris effectu, ut ſi priuſquam filius parere conditioni potuerit, conditio non poteſtativa eſſe cæperit, aut fortuito caſu defecerit, irritum paternum teſtamentum non fiat quod ſi adjecta exhæredatio non fuiſſet, his ſanè caſibus infirmaretur ex nuper dictis: Secundo vero caſu; ſcilicet poſtquam filius parere conditioni potuerit, ſi conditio non poteſtativa eſſe cæperit, vel fortuito caſu defecerit, non ideo infirmari paternum teſtamentum cenſeo, nec enim filius in conditionis defectum præteritus dici poteſt, qui cum implere conditionem omiſerit, voluntariè quodam modo paternam hæreditatem omiſiſſe cenſetur. Et in his terminis exaudiendum Papinianum exiſtimo, qui in *dict. leg. ult. hoc tit.* non ex eo irritum paternum teſtamentum fieri quod conditio, ſub qoa inſtitutus filius fuerit, poſtea non poteſtativa eſſe cæperit, manifeſtè ſupponit, dum docet, quod ſub ea conditione, *ſi Alexandriam ieris*, inſtitutus filius, ſi quidem nullum acceperit ſubſtitutum, & Romæ decedat, ultimo, quo decedit inſtanti, patri legitimus hæres exiſtit, quo ſanè caſu negari non poteſt conditionem illam ſimul ac filius ab Alexandria longè diſtare cœpit, poteſtativam eſſe, deceſſiſſe; nec tamen ſtatim juxta Papinianum irritum paternum teſtamentum conſtituitur, quippe cum filius paternæ mortis tempore prope Alexandriam degerit, quod ſupponendum neceſſario eſt juxta textum in *dict. l. 4. §. 1. de hæred. inſt.* potuit jam facilè conditioni parere, nec ex eo quod poteſtativa poſtea conditio eſſe deſiiſſet, irritum paternum teſtamentum debuit conſtitui.

41 Nova tamen hæc noſtra ſententia ex eo videtur non poſſe defendi, quod ſi ex eo quod antequam filius parere conditioni potuiſſet, poteſtativa conditio eſſe deſiiſſet, vel fortuito caſu defeciſſet, irritum paternum teſtamentum fieret, ſequeretur, quod filio ſub poteſtativa conditione inſtituto datus cohæres, prius quam filius conditioni paruiſſet, aut parere potuiſſet, adire hæreditatem non poſſet, cum ex teſtamento, quod rupturæ, ſeu reciſſionis periculo ſubjacet, nec deferri, nec adiri hæreditas poſſit *l. ventre præterito 84. de hæred. acquir.* ſed filio ſub poteſtativa conditione inſtituto datus cohæres ſtatim poteſt hæreditatem adire, nec donec filius conditioni, aut pareat, aut parere poſſit, expectare tenetur, ut diſertè Ulpianus decidit in *dict. l. 4. in princ. verſic. ſed utrum de hæred. inſt.* ergo non ex eo irritum paternum teſtamentum redditur, quod prius quam filius parere conditioni potuerit, poteſtativa conditio eſſe deſierit, aut fortuito caſu defecerit. Creſcit difficultas ex *dict. l. 4. §. ult. de hæred. inſt.* ubi docet Ulpianus quod filius ſub poteſtativa conditione inſtitutos, cui ſubſtitutus datus eſt, in ſecundo ſubſtitutionis gradu, non niſi fruſtra exhæredebatur, ergo non ex eo quod prius quam filius parere conditioni potuerit, poteſtativa conditio eſſe deſierit, vel fortuito caſu defecerit, præteritus filius dicendus eſt, alioquin non fruſtra in ſecundo gradu in eum caſum exhæredaretur juxta ea, quæ *præcedenti num.* dixi pro explicatione textus in *dict. l. 86. in princ. eodem tit.* Sed non difficulter reſpondeo, Ulpianum in *dict. l. 4. in princip. verſic. ſed utrum* non negare, quod filio ſub poteſtativa conditione inſtituto datus cohæres, prius quam filius potuerit conditioni parere, adire hæreditatem non poteſt, ſed ſolum aſſerere, quod cohæres, antequam filius conditioni paruerit, hæreditatem adire non prohibetur, ut ex ipſius littera conſtat; hæc autem Ulpiani deciſio noſtram ſententiã fundat potius, quam evertit, nam quod cohæres, antequam filius parere conditioni potuerit, adire hæreditatem non poſſit, ex eo provenit, quod ex teſtamento quod irritum poteſt fieri, ſi conditio non poteſtativa eſſe cæperit, aut fortuito caſu defecerit, hæreditas non defertur, ex regula textus in *dict. l. 84. de acquir. hæred.* at poſtquam filius parere conditioni potuerit, etſi nondum paruerit, cohæres ſtatim adire hæreditatem non prohibetur, quia licet poteſtativa conditio poſtea eſſe deſierit, aut fortuito caſu defecerit, non ideo paternum teſtamentum infirmabitur. Nec magis ſententiæ noſtræ opponitur textus in *dict. l. 4. §. ult. de hæred. inſt.* ubi quod Ulpianus ſcribit, filium ſub poteſtativa conditione inſtitutum, cui ſubſtitutus datus eſt, in ſecundo gradu fruſtra exhæredari, accipiendum ſic eſt, ut ſi conditio, nec poteſtativa eſſe deſierit, ne fortuito caſu defecerit, aut ſi poſtquam filius parere conditioni potuerit, conditio non poteſtativa eſſe cæperit, inutilis & fruſtranea ſit exhæredatio, in ſecundo gradu ſubſtitutioni ſcripta, quæ utilis profectò eſſet, ſi prius quam filius parere conditioni

Digitized by Google

potuiſſet, eorum aliquid contigiſſet, eamque Ulpiani ſententiam fuiſſe ſatis ipſa textus littera oſtendit. Docet Conſultus, quod filio ſub poteſtativa conditione inſtituto datus ſubſtitutus, non antè, ſed poſt filii mortem hæres extiturus eſt, nec neceſſaria, ſed fruſtranea in ſecundo gradu ſcripta filii exhæredatio eſt, rationem his verbis præſtat, poſt mortem enim filii facta eſt, quam inutilem eſſe alias oſteudimus: non igitur eum caſum diſputat, quo ſupeſtite adhuc filio, qui parere conditioni potuerit, poteſtativa conditio eſſe deſierit, aut fortuito caſu defecerit, ſed illum dumtaxat, quo filius, poſtquam adimplere conditionem potuerit, antè ejus implementum deceſſerit, & tunc inutilem, & fruſtraneam non ſolum ex rationibus, quas pro Mætiani illuſtratione adduxi *num.* 36. Sed & tanquam poſt filii mortem factam, in ſecundo ſubſtitutionis gradu ſcriptam exhæredatiuuem jure decidit.

42 Extra eum caſum, quo prius quam filius parere conditioni potuerit, conditio non poteſtativa eſſe cæperit, aut fortuito caſu defefecerit, in poteſtativæ conditionis defectum ſub qua filius fuerit inſtitutus, exhæredatio non niſi fruſtra & inutiliter adjicitur; & quidem ſi filius ex aſſe ſub poteſtativa conditione inſtituatur, nec ei aliquis ſubſtituatur, fruſtra & ſine ullo juris effectu in conditionis defectum exhæredatur, ſive enim implere conditionem omiſerit, cum voluntariè paternam omittat hæreditatem, exhæredatus dici non poteſt, ſivè poſtquam parere conditioni potuerit, fortuito caſu conditio defecerit, inutilis omninò eſt exhæredatio, quæ nullo dato cohærede, vel ſubſtituto confirmari per aditionem hæreditatis non poteſt. Hine ſi ſic inſtitutus filius poſtquam adimplere conditionem potuerit, antè ejus implementum decedat, ſi quidem ea ſit conditio, quæ moriente filio per alterum ejus nomine poſſit adimpleri, veluti *ſi Titio decem dederit, vel Areſcuſa* 15. *de ſtat. hom.* nec ex teſtamento hæres exiſtit, quia conditionem non implevit, nec magis ultimo vitæ momento ab inteſtato hæres fit, quia quæ eo adhuc inſtanti adimpleri poteſt conditio, non niſi poſt filii mortem deficere dici poteſt, quo demum tempore paternum teſtamentum deſtituitur *dict. l.* 5. *verſic. quod ſi de hered. inſt. dict. l. ult. verſic. qui ſubſtitui hoc tit.* textus ſic intelligendus in *leg.* 1. §. *ſciendum* 8. *verſic. idem erit, de ſuis & legitimis heredibus.* Cæterum ſi ea fuerit conditio, quæ perſonale factum deſideret, nec moriente filio poſſit per alienum adimpleri, *veluti ſi Alexandriam ierit,* filius qui antè ejus implementum decedit, ultimo vitæ momento patri ab inteſtato ſuus hæres exiſtit, non quia tunc præteritus, inveniatur, ſed quia tunc certum eſſe incipit conditionem, nec adimpletam eſſe, nec adimpleri jam poſſe, ex cujus defectu deſtituto teſtamento inteſtatæ ſucceſſioni ſit locus *dict. l.* 5. *in princ. de hered. inſt. dict. l. ult. verſic. quod tranſm. hereditʼ. cap.* 2. *num.* 12. Rurſus ſub poteſtativa conditione inſtitutus filius, etſi cohæredem habeat, in eum quidem caſum quo prius quam parere conditioni potuerit, conditio poteſtativa eſſe deſinat, vel fortuito caſu deficiat, non fruſtra exhæredatur juxta ſupra dicta, extra eum vero inutiliter exhæredatur, quia ubi ſemel parere conditioni potuerit, etſi ante impletam conditionem deceſſerit, nullo conditionis diſcrimine habito, numquam paternum teſtamentum deſtituit, cum præteritus numquam inveniatur, & teſtamentum per cohæredis aditionem confirmetur, *dict. leg.* 4. *in princ. verſiculo ſed utrum de hered. inſt.* Denique & ſub poteſtativa conditione inſtitutus filius, nec in ejus defectum exhæredatus, ſi datus ei ſubſtitutus ſit, poſt quam parere conditioni potuerit, etſi ea nondum impleta deceſſerit, irritum paternum teſtamentum non reddit, cum nec præteritus ſit, nec ultimo ejus vitæ momento inteſtatæ ſucceſſioni ſit locus propter ſubſtitutum, qui ſuſtinet teſtamentariæ ſucceſſionis ſpem, nec ulla quoad hanc juris partem inter poteſtativas conditiones vertitur differentia, quamvis ſi quæratur an moriente filio, an vero poſt ejus mortem ſubſtituto hæreditas differatur, aut acquiratur, multum inter poteſtativas conditiones interſit *dict. leg.* 4. §. *ult. de hered. inſt. dict. leg. ult. hoc tit.* quod præſentis inſpectionis non eſt, & accuratè jam expoſui *in Academ. de tranſm. hered. cap.* 4. *n.* 3. *cum ſeq.*

Sub caſuali vero vel mixta conditione filius non rectè hæres inſtituitur, niſi in conditionis defectum exhæredetur, nam alioquin in eum caſum præteritus invenitur *dict. leg.* 4. *in princ. dict. leg.* 86. *in princ. de hered. inſt. leg. inſtitutio* 10. *in princ. hoc tit. dict. leg.* 4. *C. de inſt. & ſubſt.* junctis quæ dixi *num.* 31. & in hac ſuppoſitione intelligendus eſt textus in *leg. ſub conditione* 20. *de liber. & poſth.* niſi forſan de inſtitutione ſub poteſtativa conditione concepta intelligatur, quorum utrumque dici commodiſſimè poteſt. Hinc & facilè intelligitur textus in *leg. Lucius titius* §. 3. *de C. & D.* Ubi filius ſub ea conditione, *ſi filium meum ſe eſſe judici probaverit*, inutiliter inſtituitur, nam conditio illa in filii poteſtate non eſt, etſi enim filiationis probatio, quæ vulgari illa præſumptione ſolet impleri, de qua in *leg. filium* 6. *de his, qui ſunt ſui vel alieni juris, & in leg. ſi vicinis* 9. *C. de nuptiis*, facilis omnino & in poteſtate ſit, conditio illa, de qua in *dict. leg.* 83. ex mente patris ejuſdemque teſtatoris, qui de filiatione dubitavit, ubetiorem aliam, & quæ evidentioribus conjecturis fulciatur, filiationis probationem expoſcit, quæ cum ex teſtium depoſitionibus, & ex extrinſecis aliis argumentis dependeat, nec facilis, nec in poteſtate filii eſt, prout aliorum opinionibus omiſſis, quas oppugnat Oſſualdus 6. *comment. Donell. cap.* 19. *littera D.* melius docuere Goffredus *in dict. leg.* 83. & Cujacius *ibi lib.* 12. *reſponſ. Paul.* Coſta *in* §. *& quid ſi tantum* 5. *parte n.* 42. *cum* 4. *ſequentibus.* Valentia *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *n. ult. in fin. Pichard. in prælud. ad leg. Gallus cap.* 3. §. 3. *ex num.* 87. Iarreategui 7. *ſelect. cap.* 4. *n.* 2. & 3. Sed tunc obſtare videtur difficilis textus in *leg. filius* 28. *in princ. de liber. & poſth.* Ubi ſi filius ſub caſuali conditione inſtitutus, & in ejus defectum exhæredatus tam inſtitutionis quam exhæredationis pendente adhuc conditione deceſſerit, ultimo vitæ momento irritum paternum teſtamentum conſtituit, & patri ab inteſtato ſuus hæres exiſtit: ergo non rectè ſub caſuali conditione inſtituitur, etſi in ejus defectum exhæredetur, alioquin nec pendente conditione decedens paternum teſtamentum deſtitueret, cum 43

caſualis conditio ultimo ejus vitæ momento poſſit exiſtere, exemplo filii ſub ea poteſtativa conditione, quæ ultimo ejus vitæ momento poteſt adimpleri, inſtituti, qui pendente conditione decedens nec ex teſtamento nec ab inteſtato hæres exiſtit, *ut præced. num. dixi.* Omiſſa Accurſii, Bartholi, Gothoffredi, & aliorum antiquorum ſolutione, qui in *dict. leg.* 28. filium ex aſſe inſtitutum, nec ei datum cohæredem aut ſubſtitutum dicebant, & quos ſolidè rejicit noſter Pichardus *in prælud. ad leg.* Gallus *cap.* 3. §. 4. *num.* 120. Dicendum ex contrario eſt in *dict. l.* 28. filio cohæredem, aut ſubſtitutum datum fuiſſe, quod ſupponendum neceſſario eſt, ut tenent Valentia 3. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 14. & Larreategui 7. *ſelect. cap.* 5. *n.* 3. quidquid dubitet immerito Cheſius 2. *interp. cap.* 9. *n.* 18. Et in eiſdem terminis exaudiendos textus omnes, qui de filio ſub caſuali vel mixta conditione inſtituto, & in ejus defectum exhæredato loquuntur, alioquin nullo dato cohærede, vel ſubſtituto per cujus aditionem poſt exiſtentem exhæredationis conditionem ſubſtineri teſtamentum poſſit, inutilis ab initio eſſet exhæredatio, ut pote quæ confirmari numquam poſſet, & ab initio inutile paternum teſtamentum eſſet, in quo in conditionis defectum inutiliter exhæredatus, & ſic præteritus filius inveniretur ex reg. text. in *l. non putavit* 8. §. *non quævis* 2. *de bon. poſſ. contra tabular.* Ut advertit Pichardus *dict. n.* 120. dato vero cohærede, vel ſubſtituto filius ſub caſuali conditione ab initio rectè inſtituitur, dummodo in ejus defectum exhæredetur; cæterum ſi pendente conditione, tam inſtitutionis, quam exhæredationis deceſſerit, ultimo vitæ momento ideo paternum infirmat teſtamentum, & patri ſuus hæres exiſtit, quia ut ait Triphoninus in *dict. leg.* 28. *dum vixit nec ex teſtamento hæres, nec exhæredatus fuit*, quaſi apertius diceret, filius ſub caſuali conditione inſtitutus pendente quidem conditione inſtitutus dicitur, verum ita inſtitutus, ut interim ex teſtamento hæres exiſtere non poſſit. Dum igitur adhuc pendente conditione decedit, certum eſſe incipit, quod dum vixit ex teſtamento hæres exiſtere non potuit, & quod exhæredatus non fuit, eum nondum inſtitutionis, aut exhæredationis conditio extiterit, & irritum paternum teſtamentum reddit, ex quo nec hæres potuit exiſtere, nec exhæredatus fuit, ad ejus filii diſcrimen, qui ſub poteſtativa illa conditione inſtitutus, quæ ultimo etiam ejus vitæ momento poteſt adimpleri, ante eam impletam decedit, qui cum, & dum vixit, & ultimo vitæ momento per alterum parere conditioni potuiſſet, potuit utique & dum vixit, & ultimo adhuc vitæ momento ex teſtamento hæres exiſtere, nec ultimo illo inſtanti irritum paternum teſtamentum conſtituit, ut explicant Cujacius ad Pandect. *in dict. l.* 28. Pichard. *ubi ſupra ex n.* 114. *uſque adn.* 122. Valent. *dict. lib.* 3. *interp. tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 13. *cum* 3. *ſeqq.* Larreategui *dict. leg.* 7. *cap.* 5. *melius quam* Cheſius *dict. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 18. *cum ſequentibus.*

44 Sed opponi ſuperiori doctrinæ videtur textus in *leg.* 2. §. 1. *de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi docet Ulpianus quod filius, ſive ſuus hæres, ſive emancipatus ſub caſuali conditione inſtitutus, nec in ejus defectum exhæredatus pendente adhuc conditione poteſt ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere: ergo filius ſuus hæres rectè ſub caſuali conditione inſtituitur, quin in ejus defectum exhæredetur. Hi probatur conſequentia demum ſub conditione inſtituti pendente conditione poſſunt cuſtodiæ cauſa ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, qui utiliter ſunt inſtituti, ut generaliter *Ulpianus idem* definit *in leg. hi demum* 6. *eodem tit.* ergo filius qui ſub caſuali conditione inſtitutus, nec in ejus defectum exhæredatus pendente conditione poteſt ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, rectè ſub caſuali conditione inſtituitur, quin in ejus defectum exhæredetur. Accurſii tamen & Cujacii ſolutionibus omiſſis, quas convincit Cheſius 1. *interp. cap.* 11. *ex n.* 5. reſpondeo generalem regulam ſeu Ulpiani ſententiam *in dict. leg.* 6. ad eos pertinere, qui tam Prætorio, quam civili jure inſpecto inutiliter ſub conditione inſtituuntur, quales ſunt paſſivæ teſtamenti factionis expertes juxta ſupra tradita *n.* 14. *&* 25. qui cum numquam poſſunt commodum hæreditatis ſentire, nec cuſtodiæ cauſa pendente conditione poſſunt ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ad filium autem ſuum hæredem ſub caſuali conditione inſtitutum, nec in ejus defectum exhæredatum non expectare; qui licet civili jure ſic inutiliter inſtituatur, cum præteritus in ejus defectum inveniatur, & intrinſecum præteritionis vitium ipſo jure nullum ab initio paternum teſtamentum conſtituat, Prætorio tamen jure non inutiliter inſtituitur, etſi in conditionis defectum præteritus reperiatur, nec enim filii præteritio ex jure nullum teſtamentum reddit, ex quo ſi quidem ſeptem teſtium ſignis ſignatum eſt, prætor ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem concedit, quæ aliquando cum re, & ſine re aliquando eſſe ſolet in veriori ſententia quam poſt plures alios egregiè fundat doctiſſimus præceptor & anteceſſor meus D. Franciſcus Nunez de Zamora *in M. S. ad tit. de liber. & poſth. cap.* 1. *ex num.* 8. & cujus præcipua fundamenta præ manibus apud Arnold. Vinnium habetis *in princ. inſt. de hæred. liber. n.* 6. *cum ſeq.* Poteſt itaque pendente conditione ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere, juxta textum in *dict. leg.* 2. §. 1. *de bon. poſſ. ſecundum tabulas*, quem ſic ferè accipit Cheſius *dict. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 9. qui tamen tanquam præteritus, ſi hoc prætulerit remedium contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere non prohibetur, ut tradit D. Retes in *adverſar. eod. tit. de bon. poſſ. contra tabulas cap.* 5. *num.* 1. *&* 2. ubi præfatam Cheſii ſententiam pro explicatione textus in *dict. leg.* 2. §. 1. percipiſſe non omnino videtur. Verum alia emancipati cauſa eſt, qui civili etiam jure ſub caſuali conditione inſtituitur, quin in ejus defectum exhæredetur, nec contra, ſed ſecundum tabulas ſolum pendente conditione poteſt bonorum poſſeſſionem agnoſcere, quæ ſi conditio poſtea defecerit per Prætoris tuitionem in contra tabulas poſſeſſionem bonorum convertitur, *leg.* 3. §. *ſed ſi ſub conditione* 12. *cum* 3. *ſequentibus de bonorum poſſeſſione contra tabulas dict. leg.* 2. §. 1. *leg. ſi ſub conditione* 5. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Retes *ubi ſupra dict. cap.* 5. *num.* 3. *& ad tit. de legatis præſt. cap.* 11. *n.* 5. Nec tamen fruſtra, immò utiliter in conditionis defectum exhæredatur, ad hoc ſcilicet, ut ſi conditio defecerit, tanquam exhæredatione notatus adverſus cohæredem vel ſubſtitutum petere

contra tabulas bonorum poſſeſſionem non poſſit *dict. l.* 20. §. 4. *de bon. libert.* ubi videndus Cujacius *lib.* 25. *digeſtorum Juliani junct. dict. l.* 8. *in princ. de bon. poſſeſſ. contra tabulas*, quamvis aliter nec rectè textus in *dict.* §. 4. acceperit Valentia *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap. ult. num.* 7.

45 Hæc de filii inſtitutione, ſub ea conditione concepta, quæ ſecundum eſſe, id eſt, verè & propriè conditio eſt, veluti quoad futurum tempus refertur, rectè dicuntur; at ſub ea conditione quæ talis non eſt ſecundum eſſe, ſed ſolum ſecundum dici, id eſt, quæ conditionis habet figuram, ſed vim & poteſtatem conditionis non obtinet, veluti quæ ad præſens vel præteritum tempus refertur, filius ſuus hæres utiliter inſtituitur *dict. leg.* 10. §. 1. *hoc tit.* Nam hujuſmodi conditio vel ſtatim ab initio infirmat inſtitutionem, vel omninò non differt, aut enim vera jam eſt teſtamenti tempore, & purè inſtitutus filius invenitur, aut falſa jam eſt, & præteritus filius reperitur, & irritum paternum teſtamentum conſtituit argumento textus in *l. cum in ſecundo* 16. *de injuſt. rupt. l.* 3. §. *ſi tamen* 13. *junct.* §. *præced. de bon. libert.* Aſſumptum à ſimili ſic probatur: executivi actus, qui recipere conditionem non poſſunt, ſub ea conditione, quæ ad præſens, vel præteritum tempus refertur, jure fiunt, ut mihi probat textus in *leg. qui abſenti* 38. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* quem ſic noviter expoſui in Accadem. *de acquir. poſſeſſ. cap.* 4. *num.* 15. Ubi *num.* 16. difficilimum profectò, & qui huic doctrinæ quaſi data opera adverſari videtur, textum in *leg. cum qui* 51. §. *ult. de acquir. hæred.* nova etiam obſervatione illuſtravi: ergo & filii inſtitutio, quæ caſualem conditionem non recipit, ſub ea conditione, quæ ad præſens vel præteritum tempus refertur, jure concipitur. Nec dicat aliquis, quod ſic inſtitutus filius cum ad hæreditatem admitti non prius poſſit, quam veram conditionem eſſe probaverit, ejuſque rei probatio difficilis eſſe poſſit, ſæpè ſub ea conditione quæ nec facilis, nec in ejus ſit poteſtate, & ſic inutiliter inſtitutus invenietur, argumento textus in *dict. l.* 83. *de C. & D.* Nam imò ſic inſtitutus filius, ſi quidem vera per rerum naturam conditio ſit, ſtatim ipſo jure quamvis ignorans, patri ex teſtamento ſuus hæres exiſtit, argumento textus in *leg. cum quidam* 30. §. *ſuum hæredem* 6. *de acquir. hæred.* etſi quidem ex aſſe fuerit inſtitutus, integram hæreditatem ſtatim percipiet, quam in omnem eventum eſt habiturus vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, prout veram vel falſam eſſe conditionem poſtea conſtiterit. Si verò ex parte ſit inſtitutus, & cohæres ei datus ſit, ſtatim quamvis ignorans, vel ex teſtamento ex parte, vel ab inteſtato ex aſſe juxta ſuperiorem diſtinctionem ipſo jure ſuus hæres exiſtit, & quandiu, an vera vel falſa conditio ſit, ignoratur, quamvis ſtricto jure propter cohæredis contradictionem, nec totam hæreditatem, nec ejus partem poſſit, vel ab inteſtato, vel ex teſtamento vindicare, ex Prætoria tamen æquitate ejus partis, quam in omnem eventum eſt habiturus, cum effectu poſſeſſionem poteſt accipere, argumento textus in *dict. l.* 34. *in fin. de acquir. hæred. l.* 4. §. *ult. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, ut docet Coſta 1. *ſelect. cap.* 1. *num.* 1. *cum tribus ſequentibus*. Qui tamen *ex num.* 5. *circa textum in dict. l.* 10. §. 1. *hoc tit.* falſam quamdam opinionem ſtatuit, quæ nec ad rem noſtram conducit, & impugnari facilè poteſt, ex his quæ adverſus ipſum diſputavi *in privato tractatu de falſ. demonſtrat. cap.* 1. *ex num.* 13. Cæterum ſub ea conditione, *ſi navem in portu teſtamenti tempore jam ſtetiſſe probaverit*, ſi quidem difficilis probatio eſſet, cum ad futurum tempus referatur, filius non rectè inſtitueretur, niſi in ejus defectum exhæredaretur, argumento textus in *dict. l.* 83. *de C. & D.* ut cum judicio advertit Coſta *dict. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 2.

Cæterum autem ſui hæredes, excepto filio, 46
veluti filiæ, nepotes, pronepotes, & deinceps à parentibus teſtamenti tempore non præceſſi, qui digeſtorum jure præteriti teſtamentum non evertunt, ſed ad certam portionem inſtitutis hæredibus accreſcunt, ut conſtat ex Ulpiano in *fragm. tit.* 22. *qui hæred. inſt. poſſeſſ.* §. *ex ſuis* 15. *cum ſeq. & ex Juſtiniano in leg. ult. C. de liber. præter. & in princ. inſt. verſiculo, ſed non ita de exhæredat. liber.* & docent cum pluribus, Valentia *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *num.* 12. *cum tribus ſequentibus* & Larreategui *lib.* 7. *ſelect. cap.* 12. *per tot.* eo jure ſub quacumque conditione etiam caſuali vix mixta utiliter inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur, ut diſerti probant textus in *leg.* 4. *in princ. de hæred. inſt. & in dict. l.* 1. §. *ſciendum* 8. *verſiculo idem erit de ſuis & legitimis* junctis, quæ pro ejus explicatione & conciliatione cum *dict. l.* 28. *in princ. de liber. & poſth.* dixi in Accadem. *de tranſm. hæred. dict. cap.* 2. *num.* 13. *circa fin.* Donell. 6. *comment. cap.* 12. & Oſſuald. *ibi littera C.* Coſta *in* §. *& quid ſi tantum* 3. *parte num.* 60. *cum duobus ſequentibus*, Valentia *dict. lib.* 3. *tract* 3. *cap.* 5. *num.* 1. & 2. ad quam juris partem referri ſimiliter poſſunt textus in *dict. l.* 3. §. *ſed etſi nepos* 14. *de bonor. poſſeſſ. contra tabulas, ut poſt Accurſium ſentiunt* Cujacius *ibi ad Pandect. & in l.* 1. *&* 2. *de liber. & poſth.* & Coſta *dict.* 3. *parte num.* 62. *& in l. ſi quis hæredem* 7. *C. de inſt. & ſubſt.* Ubi filiam ſub mixta conditione utiliter inſtitutam, nec in ejus defectum exhæredatam Juſtinianus proponit, qui nondum noviorem illam conſtitutionem promulgaverat, quæ extat in *dict. l. ult. C. de liber. præter.* ut docet Coſta *dict.* 3. *parte num.* 42. *cum duobus ſequentibus* & ſenſiſſe Donell. videtur *dict. lib.* 6. *cap.* 12. quamvis aliter Philippus Decius in *dict. l.* 4. *C. de inſt. & ſubſt. num.* 4. Duarenus *ad noſtrum tit. cap.* 4. quem refert Oſſuald. *dict. lib.* 6. *cap.* 12. *littera D.* & Giphanius *in dict. l.* 4. quorum doctrina ita placet, ſi poſt promulgatam conſtitutionem textus in *dict. l. ult. C. de liber. præterit.* Sanctionem alteram textus in *dict. leg.* 7. editam fuiſſe ponatur.

Ex his non minus verè quam ſubtiliter, in- 47
fert Coſta in *dict.* §. *& quid ſi tantum dict.* 3. *parte num.* 73. quod etſi filius in poteſtate exiſtens ſub conditione adhuc poteſtativa, ut dixi *num.* 35. non rectè exhæredetur, quia præteritus in ejus defectum invenitur, & injuſtum ab initio paternum teſtamentum reddit *l.* 3. §. 1. *de liber. & poſth.* quidquid circa poteſtativam conditionem immeritò contrarium Goffredus

tentarit

Digitized by Google

tentarit in *leg.* 1. *de ventre in poſſ. mitt. num.* 6. *cum ſeq.* Cæteri tamen ſui hæredes præter filium ſub quacumque conditione digeſtorum jure utiliter exhæredantur, qui licet præteriti, in conditionis defectum inveniantur, nec eo magis eo jure injuſtum paternum teſtamentum conſtituunt, nec enim ex eo ſolum vitioſa eſt exhæredatio, quod ſub conditione concipiatur, ſed ex eo potius, quod ſub conditione is exhæredatur, qui in defectum conditionis præteritus ab initio paternum infirmat teſtamentum, ut ex eo clarè dignoſcitur, quod & filius in poteſtate exiſtens, ubi ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituitur, rectè ſub conditionis defectu exhæredatur, ut dixi *num.* 43. quo ſane caſu conditionalem eſſe exhæredationem nemo negaverit, quæ tamen ideo ſubſiſtit, quia filius, qui omnem in eventum, vel inſtitutus, vel exhæredatus eſt, non poteſt injuſtum ab initio paternum teſtamentum reddere. Contrarium tamen poſt plures alios acriter defendunt Valentia *dict. lib.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 7. *cum quinque ſequentibus* Larreategui *dict. lib.* 7. *ſelect. cap.* 8. *per tot.* & qui ex profeſſo cum Coſta congreditur Pichard. in *prælud. ad leg. Gallus de liber. & poſth. cap.* 3. §. 4. *per tot. & præcipuè ex num.* 136. *uſque ad num* 139. quorum fundamenta majori verborum apparatur diffusè ab ipſis congeſta, & breviter nunc ſine diſpendio veritatis collecta, hæc ſunt. Quiſquis ſub conditione exhæredatur, præteritus, dum pendet conditio, eſt, cum conditio ſui natura hæreditatis demptionem, ſeu exhæredationem ſuſpendat: ergo ſtatim à parentis obitu, tanquam præteritus vel teſtamentum infirmat, ſi filius ſit, vel ad certam portionem inſtitutis hæredibus accreſcit, ſi ex aliorum ſuorum hæredum numero ſit: Ulterius executivi actus conditionem non admittunt, imò per ejus adjectinnem prorſus vitiantur, ut pro expoſitione textus in *leg. actus* 77. *de reg. jur. ſupra num.* 2. dixi. Sed exhæredatio executivus eſt actus ab hæreditatis ademptione, & ſic ab executione ſubſtantiam capiens: ergo conditionem non recipit, imò prorſus per conditionis adjectionem vitiatur, ac per conſequens ex ſuis hæredibus nullus ſub conditione rectè exhæredatur. Expendunt denique textum, & in deciſiva ratione ſummè difficilem in *leg. ſed ſub conditione* 18. *in princ. de bon. poſſeſſ. contra tabulas*, ubi docet Hermogenianus, quod ſub conditione exhæredatus à contra tabulas bonorum poſſeſſione excludatur, rationem ſic præſtat, *certo enim judicio liberi à parentum ſucceſſione removendi ſunt*: ergo ſentit, quod exhæredatio non rectè ſub conditione concipitur, & ſub conditione exhæredatus ceuſeretur, contra tabulas petere bonorum poſſeſſionem non poſſet, ex regula textus in *dict. l.* 8. *in princ. &* §. 2. *de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.* Rurſus non ſolum de filio, ſed & de his omnibus, quibus competit bonorum poſſeſſio contra tabulas ſub conditione exhæredatis Hermogenianum tractare conſtat, tum quia initio textus de exhæredato ſub conditioe indefinitè, & generaliter loquitur, tum quia dum deciſivam rationem aſſignat, liberorum nomine utitur, quo non maſculi dumtaxat filii, imò deſcendentes omnes ſine ſexus, vel gradus differentia comprehenduntur, *l. liberorum* 120. *de verb. ſign.* Id ipſum deciſiva textus ratio clarius oſtendere videtur, ideo exhæredationem ſub conditiooe non jure concipi Hermogenianus decidit, quia certo judicio liberi à parentum ſucceſſione removendi ſunt, quæ judicii certitudo deficit in conditionali exhæredatione, quæ vel in fortunæ ludibrium, vel in alienum factum confertur, adeo ut inſanus parens videatur, qui ſub conditione liberos à ſucceſſione ſubmovet, ſed deciſiva hæc ratio ad quoſcumque liberos ſub conditione exhæredatos ſpectat; ergo in Hermogeniani ſententia exhæredatio generaliter conditionem non recipit, & ex liberis nullus ſub conditione rectè exhæredatur.

Nullum tamen ex his fundamentum refraga- 48
tur, immò ex eorum ſolutione Coſtæ, quam tuemur, ſententiæ veritas clarior forſitan apparebit; Eorum primo reſpondeo, quod etſi conditio ſui natura hæreditatis ademptionem, ſeu exhæredationem ſuſpendat, non ideo qui ſub conditione exhæredatur, præteritus, dum pendet conditio, dici poteſt, nam & conditio, ſub qua concipitur inſtitutio, hæreditatis rationem remoratur, nec tamen qui ſub conditione inſtituitur, præteritus interim dicitur, quod enim maſculi primi gradus filii ſub conditione non rectè inſtituantur, aut exhæredentur, non ex eo provenit, quod præteriti, dum pendet conditio, ſint, ſed ex eo quod præteriti in deficientis conditionis caſum inveniuntur, quod ſufficit, ut ab initio nullum paternum teſtamentum reddant. Cæteri igitur ſui hæredes, qui præteriti teſtamentum non infirmant, ſub conditione exhæredantur, & ſi quidem conditio extiterit, non parentum ſucceſſione tanquam exhæredati ſubmoventur, ſi vero defecerit, tanquam præteriti, ad certam portionem inſtitutis hæredibus accreſcunt. Quam inter filium, & cæteros ſuos hæredes differentiam Ulpianus non obſcurè tradit in *dict. leg.* 3. §. 1. *de liber. & poſth.* dum ſignanter ait purè filium exhæredari debere, quaſi non idem in cæteris ſuis hæredibus juris ſit; ſecundum vero fundamentum ſic facilè in ipſos adverſarios retorqueo: actus omnes, qui executivi non ſunt, ſui natura, ſi nihil aliud impediat, conditionem recipiunt, ut à contrario ſenſu probatur ex *dict. leg.* 77. *de reg. jur.* & ipſi fatentur adverſarii, ſed exhæredatio evidenter executivus actus non eſt, cum à præſenti executione non incipiat, immo in futurum tempus referatur, & etiam poſtquam adſcripta in teſtamento eſt aliquid aliud, ſui videlicet hæredis exiſtentiam, aut hæreditatis aditionem ad ſui perfectionem & confirmationem expectet *leg. ſi exhæredatus* 10. *in princ. ad Syllan. dict. leg.* 10. *in princ. verſiculo ſed cum exheredatio de bon. poſſ. contra tabulas*: ergo ſui natura, ſi nihil aliud impediat, conditionem non reſpuit, quemadmodum & teſtamentarii reliqui actus, quia executivi non ſunt, condiſionem admittunt, ut *n.* 2. dicebam; ſed nihil aliud impedit, ut ſui hæredes præter filium ſub conditione exhæredentur: ergo ſub conditione rectè exhæredabantur. Nec ex eo quod exhæredatio hæreditatis ademptionem contineat, executivus eſt actus, nec enim præſentem, ſed in futurum collatam continet ademptionem, inſtitutionis ad inſtar, quæ etſi hæreditatis dationem contineat, quia tamen non præſentem, ſed in futurum collatam conti-

net dationem, executivus actus non eſt. Quemadmedum igitur, inſtitutio ſi nihil aliud impediat, ſui natura conditionem admittit, ſic & exhæredatio, & ſui hæredes, propter filium ſicuti ſub quacumque conditione rectè inſtituuntur, ſic & ſub qualibet conditione utiliter exhæredantur.

49 Tertium, & difficilius ſupereſt contrariæ opinionis fundamentum deſumptum *ex dict. leg.* 18. *de bon. poſſ. contra tabulas*, cui reſpondet Coſta *in §. & quid ſi tantum dict.* 3. *parte num.* 78. quod ſui hæredes præter filium, ſub conditione quidem rectè exhæredantur, verum ita à parentum ſucceſſione removentur, ſi antè eorum obitum conditio exhæredationis extiterit; alioquin ſi paternæ mortis tempore conditio adhuc pendeat, tanquam præteriti, vel ad certam partem inſtitutis hæredibus accreſcunt, vel ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittuntur, quod ſolum docemur in *dict. leg.* 18. Verum hæc Coſtæ ſolutio diſplicet, nam hoc ipſo, quod ſui hæredes præter filium ab initio ſub conditione utiliter exhæredarentur, etſi paternæ mortis tempore conditio adhuc pendeat, cum præteriti interim non ſint, non minus quam ſi fuiſſent ſub conditione inſtituti, & paternæ mortis tempore conditio penderet, ut *anteriori num.* dixi, pendente conditione, nec ad certam portionem hæredibus inſtitutis accreſcere, nec ad contra tabulas debent bonorum poſſeſſionem admitti. Quare dicendum melius arbitror Hermogenianum in *dict. leg.* 18. de maſculis, duntaxat primi gradus filiis in poteſtate exiſtentibus, non de cæteris ſuis hæredibus accipiendum, ita ut maſculi filii ſui hæredes, qui ſub conditione non rectè exhæredantur, pendente conditione poſſint tanquam præteriti, contra tabulas bonorum poſſeſſionem accipere, & ſic acceptus Hermogenianus impugnat ſanè opinionem illam D. Retes, quã contra electionem contra aut ſecundũ tabulas bonorum poſſeſſionis in terminis filii ſui hæredis ſub conditione inſtituti *num.* 44. retulimus. Nec quod initio textus indefinitè & in deciſiva ratione de liberis generaliter Hermogenianus loquatur, quidquam facit, nam & indefinita ratio, & generalis alioquin liberorum appellatio debent juxta ſubjectam materiam propter ſupra expenſas rationes juris ad maſculos primi gradus filios fam. reſtringi, ſed nec deciſiva tandem Hermogeniani ratio ſententiæ noſtræ reſiſtit, quam non percalluiſſe adverſarios ſic coacta juris ratione demonſtratur. Si inutilis ideo eſſet exhæredatio ſub conditione concepta, quia tanquam in fortunæ ludibrium, vel alienum factum collata, certitudine paterni judicii careret, & quaſi inſanam parentis voluntatem argueret, utique nec inſtitutio, nec legatum nec fideicommiſſum, quæ certitudinem judicii teſtatoris expoſcunt §. *incertis* 25. *inſt. de legatis* ſub conditione rectè conciperentur, cum vel in fortunæ ludibrium, vel alienum factum conferantur, quod & adverſarii ſine cunctatione negabant, nec tutor in teſtamento dari ſub conditione poſſet, cum certo judicio debeat quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere §. *ſed nec hujuſmodi* 27. *verſiculo tutor inſt. de legatis* quod nemo dixerit & rurſus nec filius ſub caſuali, vel mixta conditione inſtitutus poſſet in ejus defectum exhæredari, nec ita concepta poſthumi exhæredatio; *ſi mihi filius unus naſcetur, exhæres eſto*: utilis eſſet; quæ tamen utilis dicitur in *leg.* 1. §. *quare* 3. *de ventre in poſſ. mitt.* & denique nec poſthumus ſub conditione utiliter exhæredaretur, quod tamen aſſeritur in *dict. leg.* 1. §. *ſed etſi ſub conditione* 5. ut ſtatim dicemus. Nec ultimæ huic impugnationi (cæteras aut non præviderunt, aut diſſimularunt) adverſarii ſatisfaciunt, dum dicunt quod poſthumus ideo ſub conditionem rectè exhæredaretur, quia in erronea Stoicorum opinione, quam & amplexi conſulti fuerunt, dum in utero eſt, non homo ſed animantis ſpes eſſe cenſetur *leg.* 2. *de mort. inferendo eum ſimil.* Hæc enim ratio, ſi conditionalis exhæredatio paterni judicii certitudinis defectum pateretur ſub conditione conceptam poſthumo exhæredationem utilem facere non valeret, alioquin ex eadem ratione incertus tutor poſthumo datus, ſi quidem certus antè poſthumi nativitatem fieret, rectè datus intelligeretur, contra generalem regulam textus, in *dict.* §. 27. *verſiculo tutor inſt. de legatis*, ut quaſi adverſariorum effugium prævidiſſet acutiſſimè diſcurrit Coſta ubi ſupra *n.* 80. *cum* 2. *ſequentibus*, qui tamen *num.* 79. ut rejectam ſupra ſolutionem ſubſtitueret, parum rectè deciſivam Hermogeniani rationem accipit, quam ſic explicandam reor. Dixerat conſultus, filium ſuum hæredem ſub conditione exhæredatum contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere jure poſſe, rationem ſubjungit, *certo enim judicio* & quaſi dicat, ideo filio fam. ſub conditione exhæredato contra tabulas bonorum poſſeſſionem competere, quia certo, ideſt, puro judicio, [quod certum merito ad conditionalis diſcrimen vocatur, ut potè quod propter incertum conditionis, incertum, ſi puro judicio opponatur, eſt,] liberi, id eſt, juxta ſubjectam materiam maſculi primi gradus filii, ſui hæredes exhæredandi, ſive à parentum ſucceſſione, removendi ſunt, alioquin ſub conditione exhæredati, cum præteriti in conditionis defectum inveniantur, tanquam non rectè exhæredati, & ſic tanquam præteriti, & nullum ab initio paternum teſtamentum conſtituunt, & pendente conditione poſſunt contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnoſcere: maneat ergo in Hermogeniani ſententia ſuos hæredes præter filium ſub conditione rectè exhæredari: quod & procedere noviter exiſtimo, (quamvis contrarium Coſta crediderit, ubi ſupra *num.* 76. in exhæredatione ſub ea conditione concepta: *quiſquis mihi hæres erit vel ſi Titius hæres erit*; ſub qua licet maſculus primi gradus filius inutiliter exhæredetur, ut probant textus qui de filio nominatim loquuntur, in *dict. leg.* 3. §. *ſi filius* 1. *verſiculo quemadmodum de liber. & poſth. leg. ſi quis Sempronium* 68. *in fin. de hæred. inſt.* quod impoſſibile eſt, ut priuſquam filius ab hæreditate excludatur, ab extraneo ex eo teſtamento adiri hæreditas poſſit, ut latius proſequuntur Petrus Barb. in *leg.* 3. *de legatis* 1. *num.* 20. *cum* 3. *ſequentibus & cum aliis* Larreategui 7. *ſelect. cap.* 8. *num.* 4. cæteri tamen ſui hæredes rectè exhæredantur cum & antequam ipſi à paterna hæreditate excludantur, ab extraneo hæreditatem, adiri nihil prohibeat, ut potè & quibus præteritis, extraneus adire hæreditatem non prohibetur.

Sed & poſthumi, qui præteriti nullo ſexus 50
vel gradus diſcrimine habito, ab initio injuſtum paternum teſtamentum non reddunt, ſed in lu-

Digitized by Google

cem editi rumpunt, *leg. 3. §. ex his 3. de injuſt. rupt. §. 1. inſt. de hæred. inſt. de exhæredatione liber. cum ſimil.* ab initio quidem etiam ſub caſuali vel mixta conditione utiliter inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur, & ſi quidem priuſquam in lucem edantur, conditio extiterit, agnoſcendo teſtamentum non rumpunt, in quo purè jam inſtituti comperiuntur, ſi vero quo tempore in lucem eduntur, conditio adhuc pendeat, tanquam in ejus defectum præteriti paternum teſtamentum rumpunt, *leg. poſthumus 22. leg. poſthuma 24. de liber. & poſth.* Coſta *in §. & quid ſi tantum dict. 3. parte num.* 42. Cujac. *9. quæſt.* Paul. *in dict. leg.* 24. Valentia *dict. lib. 3. tract. 3. cap. 5. num. 12. circa fin.* Nec contrarium ſentit Pomponius in *leg. commodiſſime 10. eodem tit.* cujus deciſionem abrogavit in *leg. ult. C. de poſth. hæred. inſt. ut docent* Cujacius ad Pandect. in *dict. leg.* 10. Donell. & Gilkenus in dict. *leg. ult.* Pichardus *ad leg.* Gallus in *princ. cap. 4. num.* 200. *& in §. nunc de leg. 8. cap. 12. num.* 14. quamvis aliter, nec recte Coſta in *dict. §. & quid ſi tantum 5. parte num. 94. cum 2. ſequentibus.)* Ubi dum ait quod ita inſtitutus poſthumus, *ſi vivo patre naſcatur* poſt patris obitum natus rumpit teſtamentum, quia nec ſub conditione quidem hæres ſcriptus intelligetur, non ſic eſt intelligendus, quaſi dicat, quod ſi dum poſthumus in lucem editur, ſub conditione inſtitutus eſſet, teſtamentum non rumperet, ſed immò quaſi arguat, de minori ad majus in hunc modum, poſthumus qui dum naſcitur, ſub conditione inſtitutus invenitur, teſtamentum rumpit; ergo fortiori ratione ſi nec ſub conditione inſtitutus inveniatur, teſtamentum rumpet; ſed ubi in ſpecie propoſita poſt Patris obitum naſcitur, nec ſub conditione quidem hæres ſcriptus intelligitur, quia in eum caſum naſcitur, qui non eſt in teſtamento comprehenſus; ergo ſine dubio paternum teſtamentum rumpit; ex eadem ratione poſthumi ab initio ſub conditione utiliter exhæredantur, & ſi quidem priuſquam naſcantur, conditio extiterit, tanquam purè jam exhæredati teſtamentum non rumpunt, immò à paterna hæreditate excluduntur, ſi vero dum naſcuntur, conditio adhuc pendeat, tanquam in ejus defectum præteriti teſtamentum infirmant *dict. leg. 1. §. ſed etſi ſub conditione 5. de ventre in poſſ. mitt.* junctis quæ *præcedenti num.* dixi. Ad quam juris partem referendum exiſtimo textum in *dict. leg. 3. §. 3. de injuſt. rupt.* dum docet, quod poſthumi ita teſtamentum rumpunt, ſi naſcantur, nec exhæredati inveniantur, quod non ſolum procedit, ſi ſint præteriti, ſed etſi ſub conditione ſint exhæredati, & nativitatis tempore conditio adhuc pendeat.

51 Nepotes denique teſtamenti tempore nati, & à patre præceſſi, qui præteriti injuſtum ab initio avi teſtamentum non reddunt, ſed ſi vivo avo jura ſuitatis nanciſcantur, in patris locum ſuccedentes, poſthumorum inſtar, quaſi agnoſcendo, rumpunt teſtamentum ex ſecundo Velleiæ legis capite, quod ipſis poſthumorum jura communicavit, & meliorem conditionem, quam nepotibus teſtamenti tempore jure ſuitatis gaudentibus tribuit, in veriori ſententia quam probant textus in *l. Gallus 29. §. ſeq. 13. & §. ille caſus 15. de liber. & poſth. dict. l. 3. §. 1. l. poſthum. 13. de injuſt. rupt. l. ſi quis filium* 34. *C. de inofficioſo teſtamento §. poſthumorum 2. inſt. de exhæred. liber. & defendunt* Coſta *in dict. §. & quid ſi tantum 4. parte ex num.* 33. & Cheſius 1. *interp. cap. 49. per integrum comment.* Antonius Faber 9. *conject. cap.* 19. Pichard. *ad leg. Gallus cap. 13. per tot.* Valentia *dict. lib. 3. tract. 4. cap. 3. num.* 25. quamvis aliter nec rectè ſecundum Velleiæ legis caput explicarint. *& ex aliis Arn. Vinn. in dict. §. 2. inſt. de exhæred. lib. num.*6. Ab initio quidem ad poſthumorum ſimilitudinem ſub caſuali etiam, vel mixta conditione utiliter inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur, etſi antequam ſuitatis jura nanciſcantur, conditio extiterit, in patris poſtea locum ſuccedentes, cum purè jam inveniantur inſtituti, aut teſtamentum non rumpunt, ſi vero quo tempore in patris locum ſuccedunt, & ſuitatis jura adipiſcuntur, conditio adhuc pendeat, tanquam in ejus defectum præteriti, avi teſtamentum rumpunt, argumento textus in *dict. l. 22. & in dict. l. 24. de liber. & poſth.* Aſſumptum præterea probant textus, in *dict. l. 13. de injuſt. rupt. & in dict. §. 2. inſt. de exhæred. liber.* In quibus docemur, quod teſtamenti tempore à patre præceſſi nepotes, ſicuti & filius ipſe, debent inſtitui, vel nominatim exhæredari, ne in patris locum ſuccedentes rumpant teſtamentum. Eadem igitur inſtitutionis & exhæredationis forma circa præceſſos nepotes, ne rumpant, quam circa filium, ne nullum reddat teſtamentum, exigitur, ſed filius ſub caſuali, vel mixta conditione inſtitutus, nec in ejus defectum exhæredatus nullum teſtamentum reddit; ergo & teſtamenti tempore à patre præceſſi nepotes ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituti, nec in ejus defectum exhæredati, niſi quo tempore in patris locum ſuccedunt, purè jam inſtituti comperiantur, avi teſtamentum rumpunt, ut docet Coſta in *dict. §. & quid ſi tantum 4. parte num. 41. cum ſeq. & num.* 45. & Valentia *dict. lib. 5. tract. 3. cap. 5. num. 2. &* 4. Ex eadem ratione teſtamenti tempore præceſſi nepotes ad inſtar poſthumorum ſub conditione rectè exhæredantur, & ſi quidem prius quam in patris locum ſuccedant, conditio extiterit, tanquam purè jam exhæredati teſtamentum non rumpunt, ſin autem quo tempore ſuitatis jura nanciſcuntur, conditio adhuc pendeat, tanquam in ejus defectum præteriti, avi teſtamentum rumpunt, argumento textus in *dict. l. 1. §. 5. de ventre in poſſ. mitt.* ut obſervat Coſta *dict. 4. parte num.* 44.

Sed huic doctrinæ contradicere Ulpianus 52
videtur, in *leg. ſed ſi conditioni 6. §. 1. de hæred. inſt.* dum docet quod nepotes & deinceps cæteri, qui ex lege Velleia inſtituti non rumpunt teſtamenta, ſub omni conditione poſſunt inſtitui, etſi ad filii conditionem redigantur: ergo ſentit quod teſtamenti tempore præceſſi nepotes ſub quacumque conditione inſtituti non rumpunt teſtamentum, etſi pendente adhuc conditione in patris locum ſuccedant: Verum omiſſa emendatione Coſtæ in *dict. §. & quid ſi tantum dict. 4. parte num.* 43. omiſſo etiam Valentia *qui dict. l. 3. tract. 3. cap. 5. num.* 3. adverſus expreſſam textus litteram de nepotibus, dumtaxat teſtamenti tempore ad filii conditionem jam redactis, & ſuitatis jure gaudentibus Ulpianum accipiendum contendit, reſ-

pondendum exiſtimo, quod conſultus in prioribus verbis textus in *dict. l. 6. §. 1.* ſolum aſſerit, quod teſtamenti tempore præceſſi nepotes, & deinceps cæteri, qui ex lege Velleia inſtituti non rumpunt teſtamenta, ab initio quidem ſub quacumque conditione utiliter inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur, & ſententiam noſtram confirmat, ſed de effectu inſtirotionis non diſputat, de quo ſi diſputaſſet, procul dubio reſpondiſſet, quod ſic inſtituti nepores, ſi quidem pendente adhuc conditione in patris locum ſuccederent, poſthumorum inſtar, teſtamentum rumperent, & de initio ſolum, non etiam de effectu inſtitutionis Ulpianum tractare illa textus verba *inſtitui poſſunt*, quæ ſolum teſtamenti tempus, & initium inſtitutionis concernunt: Nec poſteriora illa verba *& ſi redigantur ad filii conditionem*, aliud ſuadent, quorum ſenſus ille meo judicio, eſt ut ſic inſtituti nepotes & ſi poſtea in patris locum ſuccedant, & ad ejus conditionem redigantur, non ideo ab initio inutiliter inſtituti credantur, cujus rei maximus effectus hic eſt, ut ſi eo tempore conditio extiterit, effectum habeat inſtitutio, quæ ſi ab initio fuiſſet inutilis, nec eo quidem caſu utilem poſſet exitum ſortiri, nam quæ ex intrinſecæ ſolemnitatis defectu inutilis ab initio eſt inſtitutio, & ſi fuerit ſub conditione concepta ex poſt facto jure civili convaleſcere non poteſt, ut probat elegans textus ſic intelligendus in *l. 3. §. ſi libertus 14. de bon. libert.* juncto Arias de Meſa *3. var. cap. 9. ex num. 6. & cap. 10. num. 1. cum quinque ſequentibus*, & ab argumento probatur ex dictis *num.* 14. & *num.* 25. Ex quibus integra ſententia textus in *dict. l. 6. §. 1.* hæc eſt: teſtamenti tempore præceſſi nepotis ſub qualibet conditione concepta inſtitutio ſubſiſtit, nec ex eo ſolom redditur inutilis, quod nepos poſtea fuerit, ad filii conditionem redactus, ſed imò, ſi conditio jam extiterit, cum effectu adhuc ſubſiſtit, & tunc ſolum inutilis redditur, cum pendet adhuc conditio, quo tempore nepos in patris locum ſuccedit, & ad ejus conditionem redigitur.

53 Hæc quæ digeſtorum jure inſpecto de ſuorum hæredum ſub conditione concepta inſtitutione huc uſque diximus, aliter hodiè ſe habent, nam cum ex nova Juſtiniani conſtitutione, quæ extat in *l. ult. C. de liber. præter.* & in *§. ſed hæc quidem 5. inſt. de exhæred. liber.* ſui hæredes omnes ſine ulla ſexus, vel gradus diſtinctione, vel inſtitui, vel exhæredari nominatim debeant, & præteriti ipſo jure nullum paternum teſtamentum conſtituant, ſub poteſtativa quidem conditione utiliter inſtituuntur, ſub caſuali verò, vel mixta inſtituti debent in ejus defectum exhæredari, ſed an hodie ſui hæredis inſtitutio ſub caſuali, vel mixta conditione concepta ſit inutilis, an vero rejecta, & inſuper habita conditione tanquam pura ſobſiſtat; ſummè controverſa quæſtio eſt, quam nec reſolvere auſi videntur, Coſta in *dict. §. & quid ſi tantum 3. parte num.* 105. Valentia *dict. lib. 3. tract. 3. cap. 5. num.* 18. Molina *lib. 2. de Hiſp. primog. cap. 1. num.* 32. in qua re Rodericus Suarez *in repetitione ad textum in leg. quoniam in prioribus 32. C. de inofficioſo teſtamento ampliatione* 1. Antonius Gomez *1. var. cap. 11. num.* 29. Caſtillo *tom. 5. controverſ. cap. 69. ex num.* 35. Oſtuald. *ad Donell. 19. comment. cap. 4. duplici littera M. M. exiſtimant*, quod ſui hæredis ſub caſuali, vel mixta conditione concepta inſtitutio Juſtinianeo jure rejecta, & inſuper habita conditione tanquam pura ſubſiſtit, moventur *ex dict. l. 32. & ex leg. ſcimus 36. §. 1. C. de inofficioſo teſtamento.* Ubi noviter Juſtinianus conſtituit, ut ſub quacumque conditione, dilatione, vel mora relicta filio legitima, conditione, vel dilatione rejecta & inſuper habita, tanquam purè relicta intelligatur; ergo ſui hæredis inſtitutio ſub caſuali, vel mixta conditione tanquam purè concepta ſubſiſtit. Juſtinianum verò in *dict. leg. 32. non ſolum de exhæredatis liberis loquutum*, quibus legitima ſub conditione relinquitur, ſed & de præteritis tractaſſe quibus legitimam ſub conditione parens relinquit, ac per conſequens & de his, qui ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituuntur, & præteriti in ejus defectum inveniuntur, ſic probant. Conſtitutionem textus in *dict. leg.* 22. ut conſtat ex ejus littera Juſtinianus induxit, ut ampliaret conſtitutionem quam antè induxerat in *leg. omni modo 30. C. eodem tit.* & in qua juſſerat, ut ſi his, qui ſubvertere teſtamentum poſſent, minus fuiſſet legitima relictum portione, id quod eis defuerit, uſque ad legitimam portionem repleatur, quin ex eo teſtamentum poſſit impugnari, ſed conſtitutio textus in *dict. l.* 30. non modo ad exhæredatos, ſed ad præteritos liberos ſpectat, quibus minus legitima portione relinquitur, uti ex eo apparet, quod de his loquitur, qui vel per inofficioſi querelam, vel alio modo, id eſt, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas priſco jure teſtamentum poterant impugnare: ergo & conſtitutio textus in *dict. leg.* 32. non ad exhæredatos, dumtaxat liberos, verum & ad præteritos, ac proinde ad eos, qui ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituuntur, eſt referenda. Hoc ipſum ſic amplius explicatur in eiſdem terminis, in quibus liberis conditio ex lege ad ſuplementum legitimæ portionis conceditur, à legitima conditio rejicitur, ſed liberis ex minori, quam legitima portione inſtitutis, conditio ex lege ad ſuplementum legitimæ portionis conceditur, *ex dict l.* 30. ergo ſi liberi ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituantur, à legitima conditio rejicitur, & inſtitutio tanquam purè concepta defenditur.

Verius tamen eſt, quod Juſtinianeo etiam jure 54
ſuus hæres ſub caſuali, vel mixta conditione inſtitutus ipſo jure, nullum paternum teſtamentum conſtituit, niſi fuerit, in conditionis defectum exhæredatus, ut præter antiquiores, quos refert Coſta in *dict. §. & quid ſi tantum 3. parte num.* 105. tenent Duarenus *ad noſtrum tit. cap.* 4. Donell. *6. comment. cap.* 12. & *Arn. Vinn. in §. hæres & purè 9. inſt. de hæred. inſt. num.* 2. quorum ſententia ex ſequentibus probatur. Primò, nam Juſtinianeo etiam jure ſui hæredes præteriti ipſo jure nullum paternum teſtamentum reddunt, *dict. l. ult. C. de liber. præter. dict. §. 5. inſt. de exhæred. liber.* ſed ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituti, nec in ejus defectum exhæredati in caſum deficientis conditionis, præteriri reperiuntur: ergo ab initio ipſo jure nullum paternum teſtamentum reddunt; ſecundò nam conſtitutio textus in *dict. leg. 32. C. de inofficioſo teſtam.* ad exhæ-

Digitized by Google

datos ſolum liberos, quibus legitima ſub conditione relinquitur, non ad præteritos ſpectat, uti apparet, tam quia de his nominatim loquitur, qui ex antiquis legibus paternum teſtamentum poterant per inofficioſi querelam reſcindere, ut habent ipſa textus verba ibi: *qui ex antiquis legibus inoff. teſtam. actionem movere poterant;* & ibi: *ne occaſione minoris quantitatis reſcindatur teſtamentum*, & ibi: *eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur.* Profecto vero exhæredatos, non etiam præteritos ſuos hæredes ex antiquis legibus potuiſſe per inofficioſi querelam paternum teſtamentum reſcindere pluſquam manifeſtum eſt; tam quod in id fuit introducta, ut ampliaret conſtitutionem textus in *dict. leg.* 30. *C. eodem tit.* ut Juſtin. ipſe præfatur in *dict. leg.* 32. ibi: *quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus;* & ibi; *hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus;* ſed conſtitutio, de qua in *dict. leg.* 30. ad præteritos ſuos hæredes non pertinet, quos & hodiè injuſtum paternum teſtamentum reddere, etſi legati vel fidei commiſſi titulo eis aliquid parentes reliquerint, in §. 1. ejuſdem legis ſignanter Juſtinianus admonuit: ergo nec conſtitutio legis, inquam, textus in *dict. leg.* 32. ad præteritos ſuos hæredes ſpectat, quales ſine dubio in conditionis defectum inveniuntur, ubi ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituuntur, nec in ejus defectum exhæredantur. Tertio nam Juſtinian. duabus hiſce conſtitutionibus, ut earum verba demonſtrant, non modo paterni teſtamenti validitati, ſed & liberorum utilitati proſpexit; ſed ſui hæredes ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituuntur, nec in ejus defectum exhæredati majorem longè utilitatem experiuntur, ſi ipſo jure nullum paternum teſtamentum reddant, quam ſi conditione rejecta, & inſuperhabita, parentibus, tanquam purè inſtituti ſuccedant, cum ab inteſtato ſuccedentes integram paternam hæreditatem percipiant, nec legatorum ſeu fideicommiſſorum præſtationi ſint obnoxii, qui ſi ex teſtamento ſuccederent, hæreditatis forſan partem duntaxat perciperent, & teſtamento relicta legata, & fideicommiſſa præſtare cogerentur: ergo conſtitutio textus in *dict. leg.* 32. ad ſuos hæredes ſub caſuali, vel mixta conditione inſtitutos, nec in ejus defectum exhæredatos non pertinet, ne alioquin in liberorum favorem flecteretur inducta in eorum præjudicium contra vulgarem reg. text. in *leg. quod in favorem 6. C. de legibus.* Quarto ſi conſtitutio textus in *dict. leg.* 32. ad ſuos hæredes ſub caſuali vel mixta conditione inſtitutos, nec in ejus defectum exhæredatos pertineret, ad inſtitutos etiam ſub poteſtativa conditione ſpectaret, cum ex ea conſtitutione poteſtativa conditio, non minus, quam caſualis, vel mixta, à liberorum legitima rejiciatur, in quo omnes conſentiunt, ſed ad ſuos hæredes ſub poteſtativa conditione inſtitutos non pertinet, ut pote qui ex antiquis legibus nec ullum ipſo jure reddere, nec per bonorum poſſeſſionem contra tabulas aut per inofficioſi querelam reſcindere paternum teſtamentum poterant: ergo nec ad ſuos hæredes ſub caſuali vel mixta conditione inſtitutos, nec in ejus defectum exhæredatos ſpectat: Quinto *ex dict. leg.* 32. non ſolùm conditio, ſed & dies à legitimâ rejicitur: ergo ad inſtitutos liberos non pertinet, nam quod dies inſtitutioni appoſitus rejiciatur, non ex Juſtinianeo, ſed ex priſco jure deſcendit. Sexto & ultimo ſicuti Juſtinianeo jure onus quodlibet, à liberorum legitima rejicitur, ſic & olim onus quodcumque etiam conditionis à patroni legitima, vel ipſo jure ex lege Papia, vel ex Prætoris edicto oppoſita exceptione, rejiciebatur, prout vel centenarius, vel non centenarius fuiſſet libertus juxta textum in *dict. leg. cum Patronus* 28. *de legatis* 2. *leg. Patronus* 60. *ad Trebell. leg. ſi Patronus* 20. *de Donat. cum aliis*, quos latè & eleganter explicat Antonius Ramos *tit.* 4. *ad leg. Jul. & Pap. reliq.* 17. *ex num.* 12. *uſque ad num.* 25. & in conditionis terminis expreſſus eſt textus in *leg. ſive Patronus* 21. §. 1. *de jur. Patronat.* Ramos ubi nuper *n.* 14. *circa fin. cui nec* contradicit textus in *leg. ſi Patronus* 21. §. 1. *de jur. Patronat. & in leg. ſi Patronum* 44. *in principio de bon. libert.* Pro cujus explicatione videndus Cujacius ibi *titul.* 5. *quæſtionum Paul.* in quo melioris conditionis Patronum, quam liberos quoad legitimæ cauſam non inhiabitur, qui & in aliis meliorem patroni, quam liberorum, fuiſſe conditionem non ignoraverit, ut conſtat ex *leg. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *de inofficioſo teſtamento ſi conferatur cum Ulpiano in fragm. tit.* 1. *de liberis* §. *eadem res* 11. *& cum leg. ſi pariter* 9. §. *ult. de liber. cauſ. & ex leg.* 2. *ſi quis à par. fuer. manum.* junctis quæ tradunt D. Retes *in adverſar. de inofficioſo teſtam. cap.* 17. *num.* 2. & Antonius Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 17. *num.* 15. *cum duobus ſequentibus.* Et tamen ſi patronus ex debita portione à liberto fuerit, ſub conditione inſtitutus, tanquam in ejus defectum præteritus, poteſt pendente conditione contra tabulas liberti bonorum poſſeſſionem accipere, nec ab inſtitutione conditio rejicitur *dict. l.* 21. §. *ex duobus* 2. *de jur. patron.* 11. *cum ſequenti de bon. libert.* in quo diſpar longè ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituti filii cauſa eſt, qui dum pendet conditio, non contra ſed ſecundum tabulas debet bonorum poſſeſſionem agnoſcere; ut *ex dict. leg.* 18. *de bon. poſſ. contra tabulas*, dicebam *num.* 49. Cujus differentiæ veram rationem præſtat Goffredus in *dict. l.* §. *toties* 10. *de bon. libert. num.* 16. ergo pariter etſi Juſtinianeo jure conditio à liberorum legitima rejiciatur, rejicienda tamen ab inſtitutione non eſt, imò ſuus hæres ſic inſtitutus, niſi fuerit, in conditionis defectum exhæredatus, injuſtum etiam hoc jure paternum teſtamentum conſtituet.

Maneat itaque ex his fundamentis, ex qui- 55
bus adverſariorum evaſiones impugnare quilibet poterit, quod Juſtiniani conſtitutio in *dict. l.* 32. *&* 36. §. 1. *C. de inofficioſo teſtam.* ad ſuos hæredes exhæredatos, aut liberos à matre, vel avo materno præteritos, qui pro exhæredatis habentur *dict.* §. *ult. inſt. de exhæred. liber.* quibus legitima fuerit, ſub conditione relicta, pertinet, non ad ſuos hæredes præteritos, qui etſi legitimam legati, vel fideicommiſſi titulo, vel purè, vel ſub conditione meruerint, injuſtum hoc etiam jure paternum teſtamentum conſtituunt. Et falluntur graviter adverſarii; dum reſpondent, præteritos liberos dici non poſſe, quibus quamvis nec inſtitutis, nec exhæredatis, legitima, vel purè, vel ſub conditione relinquitur, nam imò contrarium, vel ex ipſo Juſtiniano conſtat in *dict. l.* 30. *in fin.*

princ. C. de inoffic. teſt. num. 1. *juxta fin.* & Retes *in adverſar. de bon. poſſ. contra tabulas cap.* 4. *n.*1. Nec conſtitutionem textus in *dict. l.* 30. ad præteritos etiam liberos pertinere, ex eo evincitur, quod de his loquatur, qui ex antiquis legibus, vel per inofficioſi querelam, vel alio modo poterant paternum teſtamentum reſcindere, quaſi modus ille alius præter querelam ſit bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ præteritis dumtaxat, non etiam exhæredatis competit, *dict. leg.* 8. *in princ. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.* Nam reſponderi primò poteſt, Juſtinianum, dum de his ſermonem inſtituit, quibus competit bonorum poſſeſſio contra tabulas non de ſuis hæredibus, ſed de emancipatis liberis, accipiendum, qui præteriti nec Prætorio, nec civili jure injuſtum paternum teſtamentum reddunt, & quibus ideo quamvis præteritis, actio ad legitimæ ſupplementum conceditur, & ſub caſuali, vel mixta conditione inſtitutis, conditio ſicuti, & quodlibet aliud onus remittitur. Secundò, ut noviter & melius forſan reſpondeam, ſuppono Juſtinianum conſtitutiones illas de quibus in *dictis legibus* 30. *&* 32. duobus antè annis induxiſſe, quam conſtitutionem textus in *dict. l. ult. C. de liber. præt.* ut ex earum ſubſcriptionibus liquet, & oſtendunt præterea illa verba textus in *d. ll. leg. ult. & ſi ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem quam de ſupplemento quadrantis diſpoſuimus, repletio fuerit introducta*, quo tempore filiæ, & nepotes teſtamenti tempore non præceſſi, quamvis ſuitatis jure gauderent, præteriti impunè potuerunt, quin injuſtum ideo paternum teſtamentum redderent, imò vel civili jure ad certam portionem inſtitutis hæredibus accreſcebant, vel à Prætore ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittebantur, & integram auferebant hæreditatem, quo uſquè Antonius Imperator eam hæreditatis partem per contra tabulas bonorum poſſeſſionem auferri conſtituit, quæ poterat per jus accreſcendi auferri, ut expreſſè Juſtinianus teſtatur in *dict. l. ult.* quem ſic Vinnius explicat in *princ. inſt. de exhæred. liber. num.* 4. quamvis aliter D. Retes *in adverſar. de legibus poſt. cap.* 10. *num.* 5. *& de inofficioſo teſtamento cap.* 18. *num.* 2. Unde dum in *dict. leg.* 30. his etiam liberis qui per contra tabulas bonorum poſſeſſionem poterant paternum judicium reſcindere, ad legitimæ ſuplementum actionem Juſtinianus concedit, de cæteris ſuis hæredibus præter filium, veluti filiabus & nepotibus præteritis, quibus minus fuiſſet ea portione relictum, quam vel accreſcendi, vel contra tabulas bonorum poſſeſſionis jure fuiſſent percepturi, accipiendus meo judicio eſt. Quam interpretationem Juſtinianus ipſe confirmat, qui in *dict. l. ult. C. de liber. præter.* inæqualitatem illam, quæ inter exhæredatam, & præteritam filiam, olim vertebatur, nec ex conſtitutione, quam circa legitimæ ſuplementum induxit, emendationem accepiſſe teſtatur, nam etſi præteritæ, non minus quam exhæredatæ filiæ, cui minus fuiſſet legitima portione relictum, ad ſuplementum actio ex ea conſtitutione competeret, minor tamen præteritæ, quam exhæredatæ filiæ legitima portio erat, hinc & ante promulgatam conſtitutionem textus in *dict. leg. ult.* cæteris ſuis hæredibus præter filium, ſive præteritis, ſive exhæredatis, quibus legitima fuiſſet ſub conditione relicta, conditio remittebatur *ex dict. leg.* 32. *C. de inofficio.* At poſt noviorem illam ſanctionem ex qua præteriti ſui hæredes ſine ſexus, vel gradus diſtinctione, injuſtum paternum teſtamentum conſtituunt, ſolis exhæredatis conditio remittitur, non præteritis, quales in conditionis defectum inveniuntur. Nec tandem obſtat quod liberis ex minori, quam legitima portione inſtitutis, nullo unquam jure injuſtum paternum teſtamentum reddunt, ſed potuerant ante Juſtinianum inofficioſi querelam exercere, *dict. leg.* 8. §. 9. *&* §. *meminiſſe* 14. *verſiculo unde non male de inoff. teſt.* At præteriti paternum infirmant teſtamentum, nec Juſtinianeo etiam jure ſub caſuali vel mixta conditione utiliter inſtituuntur, niſi in ejus defectum exhæredentur, & nec conditionis remiſſione, nec legitimæ ſuplemento opus habent.

Regio denique noſtro jure liberi, quamvis 56
præteriti injuſtum paternum teſtamentum conſtituant, *leg.* 10. *tit.* 7. *parte* 6. ſub quacumque conditione utiliter inſtituuntur, quin in ejus defectum exhæredentur. Cautum namque eſt in *leg.* 17. *tit.* 1. *& in leg.* 9. *&* 11. *tit.* 4. *part.* 6. ut ſi liberi fuerint ſub conditione inſtitui, ſi quidem poteſtativa conditio ſit, à legitima quidem, tanquam gravamen continens, rejiciatur, in eo vero quod legitimam excedit, remaneat, & expectetur; ſin autem caſualis vel mixta conditio ſit, non modo à legitima, verum & ab eo, quod legitimam ſuperat, removeatur, & pro non ſcripta prorſus habeatur. Quæ Hiſpani noſtri juris ſanctio, quatenus ad poteſtativam conditionem ſpectat, in quacumque poteſtativa conditione procedit, etſi adimpleri facillime poſſit, qualis eſt conditio, ſi voluerit, cum gravamen liberis inferat, quatenus & ſuitatem ſuſpendit, & hæreditatis tranſmiſſionem impedit, ſi liberi ante ejus implementum decedant, ut latius docent Rodericus Suarez in *dict. leg.* 32. *C. de inofficio ampliatione* 5. Gregorius Lopez in *dict. leg.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. *gloſa* 4. *Molina de Juſtitia & jure tom.* 1. *diſput.* 180. *num.* 9. quamvis in contrarium tandem inclinavit Antonius Gomez. 1. *var. cap.* 11. *num.* 30. *in fin.* Et non modo antiquum Pandectarum, jus abrogat circa quod à filii ſui hæredis inſtitutione poteſtativa conditio non rejiciebatur, ſed & Juſtiniani conſtitutionem in *dict. leg.* 32. *C. de inofficio.* quæ ad exhæredatos liberos pertinebat, ad inſtitutos extendit. Verum ita accipienda ex ſententia Gregorii Lopez in *dict. leg.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. *gloſa ult.* erit, ſi ſic, inſtitutis liberis, vel cohæres vel ſubſtitutus aliquis datus ſit, ad quem id, quod legitimam excedit in non adimpletæ poteſtativæ conditionis caſum, poſſit aut inſtitutionis aut ſubſtitutionis jure pertinere, alioquin ſi liberi ſub poteſtativa conditione inſtituti, nec cohæredem, nec ſubſtitutum acceperint, hoc ipſo, quod poteſtativa conditio à legitima rejiciatur, & ab eo quod legitimam excedit, rejecta debet cenſeri, & liberi; tanquam ſi purè fuiſſent inſtituti ex aſſe hæredes parentibus ſtatim exiſtent argumento textus in *leg. ſi quiſita ſcripſerit,* 33. *de hæred. inſt. cum ſimilibus.* Quatenus autem ad caſualem, vel mixtam pertinent conditionem ex eo difficilis redditur, quod in eo quod legitimam excedit, quodcumque gravamen, immò & quamcumque conditionem liberis imponere

parentes poſſe conſtat *ex leg. 27. tauri quæ eſt lex 11. tit. 6. lib. 5. nova recopil.* ergo etſi caſualis, vel mixta conditio à legitima rejiciatur, ab eo tamen, quod legitimam excedit, rejicienda non eſt, ut in exhæredati filii terminis, cui parens in incertum inſtituti hæredis mortis diem, qui conditionis vicem gerit, juſſit hæreditatem reſtitui in *dict. leg. 36. §. 1. C. de inofficio* Juſtinianus conſtituit. Quam difficultatem, ut effugiat Rodericus Suarez in *dict. leg. 32. ampliatione* 2. reſpondet, ita demum caſualem, vel mixtam conditionem non ſolum à legitima ſed ab eo quod legitimam excedit *ex dict. leg. 11. tit. 4. part. 6.* removeri, ſi liberi ſub ea conditione inſtituti nec cohæredem habeant, nec ſubſtitutum, argumento textus in *dict. leg. 33. de hered. inſt.* quod & ſenſiſſe Antonius Gomez videtur *1. var. cap. 11. num. 32.* Sed hæc ſolutio ex eo manifeſtè convincitur, quod ſi vera eſſet, nullum quoad propoſitum daretur inter poteſtativam, & caſualem, vel mixtam conditionem diſcrimen, cum & liberis ſub poteſtativa conditione inſtitutis, ſi quidem nec cohæredem habeant, nec ſubſtitutum, oou ſolum quoad legitimam, verum & quoad excedentem portionem conditio remittatur: ut ergo quam inter poteſtativam, & caſualem mixtam conditionem regium noſtrum jus induxit, differentia verificetur, fatendum neceſſario eſt, quod ſi liberi ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituantur, ſive cohæredem, ſive ſubſtitutum acceperint, non à legitima ſolum, ſed ab eo quod legitimam ſuperat, conditio rejiciatur, ut rectius hoc fuodamento adducto ſentit Gregorius Lopez in *dict. leg. 11. tit. 4. part. 6. gloſa ult.* cui & ſubſcribunt Molina *dict. lib. 2. de Hiſp. primog. cap. 1. num. 34.* Valentia *dict. lib. 3. tract. 3. cap. 5. num. 18. circa fin.* Caſtillo *dict. tom. 5. controv. cap. 64. numero* 44. Reſpondendum itaque melius eſt, multum intereſſe, an liberi ex majori, quam legitima portione, ſub caſuali, vel mixta conditione, cohærede, vel ſubſtituto dato, inſtituantur, & priori caſu non ſolum à legitima, ſed ab excedenti etiam portione, conditionem prorſus removeri, nam ſub caſuali, vel mixta conditione concepta liberorum inſtitutio, quæ inutilis olim erat, regio jure rejecta, & in ſuperhabita conditione defenditur, profecto autem ſi à legitima ſolum conditio rejiceretur, pro excedenti portione inutilis omninò eſſet inſtitutio: ne ergo una, eademque inſtitutio pro parte utilis, & inutilis pro parte exiſteret, merito placuit, ut in totum rejecta conditione ſubſiſtat; ſecundo vero caſu à legitima dumtaxat, oon ab eo, quod legitimam excedit, conditionem removeri, quippè cum duplex ſit ſubſtitutio, non implicat, ut prior in legitima facta rejecta conditione ſubſiſtat, & ſecunda ex eventu conditionis dependeat, oam liberi, quibus ex priori inſtitutione jam ſatisfactum eſt, quaſi extranei, quodad id, quod legitimam excedit, cenſentur, nec inutiliter in ſecunda inſtitutione ſub conditione inſtituti reperiuntur; unde ſi in eo, quod legitimam excedit, gravamen, aut conditionem imponere parens velit, ſpecificè, & ſeparatim in excedenti portione debet gravamen vel conditionem apponere, ut colligitur *ex leg. 5. tit. 8. part. 6.* & in his terminis intelligendus eſt textus in *dict. leg. 27. tauri*, alioquin ſi in omnibus bonis, vel majori, quam legitima portione, liberos ſub caſuali, vel mixta conditione inſtituerit, in totum conditio rejicitur, & pro non ſcripta habetur *ex dict. leg. 11. tit. 4. part. 6. prout poſt* Gregorium Lopez *in dict. leg. 11. gloſa ult.* docent Molina *dict. lib. 2. cap. 1. n. 36.* & Caſtillo *dict. tom. 5. cap. 64. n. 63.* Hæc vero regii noſtri juris diſpoſitio, qoamvis ſit Juſtinianeo juri contraria, juxta quod non aliter ſui hæredes ſub caſuali vel mixta conditione utiliter inſtituebantur, quam ſi fuiſſent in ejus defectum exhæredati, ut nuper diſputavi, in quo plerique ex laudatis interpretibus falluntur, non tamen refragatur textui in *dict. leg. 36. §. 1. C. de inoffic.* qui non de inſtitutione, ſed de univerſali fideicommiſſo exhæredato filio ſub conditione relicto pertractat. Diverſa vero fideicommiſſi, & inſtitutionis eſt cauſa, nec enim quidqoam impedit, ut fideicommiſſum quoad legitimam rejecta conditiooe, tanquam purum, & quoad excedentem portionem, tanquam conditionale ſubſiſtat, cum exhæredato filio & purè & ſub conditione poſſet fideicommiſſum relinqui, at ex majori, quam legitima, portione, ſub caſuali vel mixta conditione concepta liberorum inſtitutio, niſi io totum conditio rejiceretur, pro parte valida, & pro parte inutilis eſſet, cujus abſurdi evitandi cauſa, & ut paterni teſtamenti validitati, & liberorum ſimul utilitati proſpiceret, laudabili profecto providentia regium noſtrum jus in totum rejiciendam & pro non ſcripta habendam conſtituit.

CAPUT SECUNDUM.

Quo tempore adjecta inſtitutioni conditio debeat exiſtere, vel impleri? & quando extitiſſe, vel defeciſſe caſualis conditio intelligatur.

JAm poſtquam & ſub conditione hæredis inſtitutionem jure concipi demonſtravimus, & de poſſibilibus conditionibus, ſub quibus extranei; neceſſarii, & ſui, & neceſſarii hæredes utiliter inſtituuntur, late diſputavimus. recta docendi methodus exigebat, ut de impoſſibilibus, turpibus, & in fraudem legis adjectis conditionibus, inſtitutionibus appoſitis, quæ vel pro non ſcriptis habentur, vel à Prætore remittuntur, diſputationem inſtitueremus. Sed quia vulgarem & diffuſam hanc juris partem, quam præter claſſicos interpretes ex Salmantinis noſtris anteceſſoribus illuſtrarunt Dominus ac patens meus D. Franciſcus de Puga, & Feijoo *in ſpecioſa manuſcripta relectione ad textum in leg. Antiſtius 62. de acquir. hæred.* D. Retes *in feriata manuſcripta relectione ad textum in leg. impoſſibilis 7. de verb. oblig.* & DD. Joſephus Nuñez de Zamora *in extemporanea prælectione typis mandata ad textum in leg. quæ ſub conditione 8. hoc tit.* pro dignitate nunc explicare temporis anguſtiæ non ſinunt, illud ſolum breviter admonemus circa vexatiſſimam illam quæſtionem, utrum ſcilicet filius ſuus hæres ſub impoſſibili, turpi, aut contra leges adjecta conditione utiliter inſtituatur, & expoſitionem difficilis, non minus, quam vulgaris textus in *leg. filius 15. hoc tit.* adeundos Goffredum *in eo textu* Cujacium *ibi lib. 16. quæſt. Papin.* Valentiam *3. illuſtr. tract. 3. n. 5. & 6.* & qui plures, refert Larreategui *7. ſelect. cap. 2. num. 2. & cap. 3. per* 1

tot. & cap. 4. *n.* 1. *n.* 6. & quo tempore adjecta hæredis inſtitutioni eondirio debeat exiſtere, vel impleri, & quando extitiſſe, vel defeciſſe caſualis conditio intelligatur, quorum neutrum ab anteceſſoribus occupatum invenimus, aſtūmimus explicandum. Utriuſque quæſtionis reſolutio ex voluntate teſtatoris dependet, quæ ſola regere, & gubernare eonditiones conſucvit *leg. in conditionibus* 59. *in princ. de C. & D.* Et circa primam, ſi quidem expreſſa ſit teſtatoris voluntas certo aliquo tempore adimpleri vel exiſtere conditionem volentis, expedita res eſt, cujus duo facillima exempla *Mætianus* apponit in *leg. conditionum* 91. *eod. tit.* primum eſt, ſi ſic inſtitutio fuerit concepta: *titia ſi mihi nupſerit*, hæres eſto: quæ conditio ſine dubio non niſi ante teſtatoris obitum, poteſt adimpleri, dicitur tamen infinitum tempus complecti, quia dum ſuperſtes teſtator eſt, quandocumque nuptiæ ſequantur, utiliter adimpletur: ſecundum eſt, ſi ſic inſtitutio concipiatur; *titius ſi ad exequias funeris mei venerit, hæres eſto*: quæ conditio evidenter non niſi poſt teſtatoris mortem poteſt adimpleri, ſed non infinitum immò certum tempus complectitur, quo ſcilicet juſta defuncto perſolvuntur, ſeu mortis ſolemnia peraguntur, de quo eruditè Cujacius *lib.* 2. *quæſt. Papin. in leg. ult. de his qui not. infantia:* Verum cum plerumque aperta voluntas non ſit, non immeritò quæritur, an poſt mortem teſtatoris præciſè, an veto ex ſuperſtite adhuc teſtatore, exiſtere, vel impleri hæredis inſtitutioni adjectam conditionem oporteat? Quæſtionem brevi & eleganti diſtinctione Paul. reſolvit in *leg. ſi jam facta* 11. §. 1. *de C. & D.* Dum promiſcuas conditiones omnino debere poſt mortem teſtatoris impleri, non promiſcuas, ſive vivo, ſive mortuo teſtatore, exiſtere poſſe, docet, & per promiſcuas caſuales, vel poteſtativas conditiones intelligit, ut conſtat ex exemplo, quo utitur ibi: veluti *ſi capitolium aſcenderit, & ſimiliter:* per non promiſcuas, caſuales, vel mixtas conditiones ſignificat, ut illud oſtendit exemplum, *ſi titius conſul factus fuerit*; ſive quia poteſtativæ, eum ex mero arbitrio inſtituti hæredis dependeant, ad aliarum diſcrimen, indifferenter, & promiſcuè quocumque tempore æquè eommodè poſſunt adimpleri, ut explicat Donell. 8. *comment. c.* 33. *& ibi* Oſſuad. *littera n.* ſive quia nulla eſt poteſtativæ conditionis ſpecies, quæ non poſſit non poteſtativa non eſſe, cum tamen caſuales vel mixtæ eonditiones nunquam poteſtativæ eſſe poſſint, ut melius explicant *Cujac.* 14. *obſerv. cap.* 2. *& eum ſequutus* Arias de Meſa 2. *var. cap.* 4. *n.* 1. quibus & ſubſcripſi *præced. cap. n.* 38. Eandem diſtinctionem tradit Ulpianus in *leg.* 2. *de C. & D.* ubi aſſerit quaſdam conditiones quandocumque, etiã vivo teſtatore, utiliter adimpleri, & caſualis ſubjicit conditionis exemplum ibi, ut puta, *ſi navis ex Aſia venerit*, quaſdam vero adimpleri poſt mortem teſtatoris omnino debere, & duplex apponit poteſtativæ conditionis exemplum, ibi: *ſi decem dederit*, *ſi Capitolium aſcenderit*. Hoc ipſum ſentit Mætianus, qui *in dict. l.* 21. *eodem tit.* conditionem illam, *ſi filio meo nupſerit*, quæ mixta eſt, ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore, utiliter adimpleri poſſe reſpondet ſecurè.

2 Hujus autem inter poteſtativas & caſuales, mixtaſque conditiones differentiæ rationem ex ſola æquitate deſcendere, Duarenus exiſtimat *ad noſtrum titul. cap.* 6. quippe cum omnia, quæ in teſtamento decernuntur in id tempus, quod mortem teſtatoris ſubſequitur, conſectantur *l.* 1. *qui teſtam. fac. poſſ.* ſtricti juris ratio exigebat, ut caſuales etiam, vel mixtæ, non minus quam poteſtativæ cooditiones, poſt mortem dumtaxat teſtatoris deberent exiſtere, vel impleri, ſed qnia ita jure poſito ſæpè ſub eondirione conceptæ hæredum inſtitutiones, & teſtamentariæ cæteræ diſpoſitiones periclitarentur, rem ita temperandam ex benignitate prudentibus placuit, ut poteſtativæ quidem conditiones, quæ ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore poſſunt æque faciliter adimpleri, juxta ſtricti juris diſciplinam omnino debeant poſt teſtatoris obitum adimpleri; caſuales autem, vel mixtæ, quæ nec in arbitrio inſtituti hæredis, aut legatarii ſunt, nec tam mortuo, quam vivo teſtatore, poſſunt æquè exiſtere, vel impleri, utilitatis cauſa poſſint ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore utiliter exiſtere, vel impleri. Verum hæc Duareni ſententia diſplicet, nam quod dicitur, ea quæ in teſtamento decernuntur, in id tempus conſerri, quod teſtatoris mortem ſubſequitur, ad hæredum inſtitutiones, & teſtamentartas reliquas diſpoſitiones, quæ ex natura rei non niſi poſt mortem teſtatoris, exitum poſſunt ſortiri, non ad conditiones ſpectat, ut potè quæ teſtamentariæ diſpoſitiones non ſunt juxta vulgarem regulam textus, in *l. ſi quis ſub conditione* 8. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* & per rerum naturam, tam vivo quam mortuo teſtatore, poſſunt exiſtere, vel impleri. Melius itaque poſt plures antiquiores Donell. *dict. lib.* 8. *cap.* 33. Antonius Gomez 1. *var. cap.* 12. *n.* 61. *&* 68. Spino *in ſpecul. teſtam. gloſſ.* 14. *principali num.* 13. & Accacius Ripol. *in dict. leg.* 2. *de C. & D. num.* 39. *cum tribus ſequentibus*, præfatæ inter poteſtativas & caſuales, mixtaſque conditiones, differentiæ rationem, ex ſola teſtatoris voluntate deſumunt, qui dum ſub caſuali, vel mixta conditione hæredem inſtituit, non inſtituti hæredis obſequium, in cujus arbitrio conditio non eſt, ſed ſolum conditionis exiſtentiam, aut implementum deſiderat, quam idcirco ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore exiſtere, vel impleri ſat eſt: at ubi ſub poteſtativa conditione, hæredem inſtituit, non tam meram conditionis exiſtentiam, quam inſtituti hæredis, in cujus poteſtate, & arbitrio conditio eſt, obſequium, ſeu voluotatis implementum deſiderat, & idcireo, ſic inſtitutus hæres poſt mortem dumtaxat teſtatoris utiliter poteſtativam adimplet conditionem, quam ſi vivo adhuc teſtatore impleviſſet, ejus judicio obtemperare dici non poſſet. Sin autem quæratur, cur qui ſuperſtite adhuc teſtatore poteſtativam implet conditionem, ejus judicio paruiſſe non intelligatur? Omiſſa Gomecii ratione ubi nuper *num.* 68. quæ ex his, quæ adverſus Duarenum proximè diſputavi, convincitur, reſpondent Donell. & Spino ubi ſupra, & Giphanius in *leg. ſi quis hæredem* 7. *C. de inſt. & ſubſt.* quod ad hoc ut quis conditioni, & teſtatoris judicio paruiſſe dicatur, ſcire priùs debet ſe ſub eâ conditione inſtitutum, adeo ut ſi facto fecerit, id eſt ignorans conditionem incertam, contra animi deliberationem impleverit, voluntati non obtemperaſſe credatur *dict. l.* 2. *de C. & D.* & cum inſtitutus hæres non niſi poſt mortem teſtatoris

ris poſſit, ſub qua conditione fuerit inſtitutus, ſcire, poſt mortem demum teſtatoris utiliter poteſt poteſtativam conditionem implere. Hæc tamen ratio per ſe ſola ſubſtinenda non eſt, tum quia & ſuperſtite adhuc teſtatore, an, & ſub qua fuerit conditione inſtitutus, ſcire quis poteſt, veluti ſi conſcribendo teſtamento interfuerit, vel ejus rei certior factus ſit, aut ab eo, qui myſticum teſtamentum ſcripſerit, aut à teſtibus, ſi in nuncupativo fuerit teſtamento inſtitutus, nec tamen his caſibus ante teſtatoris obitum, poteſtativam conditionem utiliter poterit adimplere, tum quia ſi, dum ſuperſtes teſtator eſt, ſcire quis non poſſet, an & ſub qua condititione fuerit inſtitutus, nec poſt mortem utique teſtatoris antè apertas teſtamenti tabulas poſſit ejus rei ſcientiam habere, ac proindè nec antè poteſtativam conditionem implere, atqui & antè apertas tabulas poteſt ſciri, quod in myſtico teſtamento comprehenſum eſt *l. quidam 25. §. ſi quis filium 2. ad Trebell.* ut dixi in *Accademic. de tranſmiſſ. hæred. cap. 3. num. 3.* & poteſtativam conditionem ſub qua quis ſe inſtitutus ſcit, utiliter poſt mortem teſtatoris antè apertas tabulas (poteſtativa conditio) utiliter implet, quidquid dicat Giphanius in *dict. l. 7.* Ut ex eo conſtat, quod alioquin non niſi poſt apertas tabulas poteſtativa conditio utiliter impleretur, quod nullo juris loco ſcriptum invenitur: ergo & vivo teſtatore, an & ſub qua fuerit conditione inſtitutus, ſcire quis poteſt, & utiliter poteſtativam conditiunem implere. Dicendum itaque eſt, quod ſuperſtite adhuc teſtatore, ſine ſcientiæ, vel ignorantiæ diſtinctione, utiliter adimpleri poteſtativa conditio non poteſt, nam etſi maximè quis ſub poteſtativa conditione ſe inſtitutum ſciat, non tamen eo animo conditionem impleviſſe dici poteſt, ut teſtatoris voluntati pareret, improbus namque eſſet, ſi ſollicitus de viventis foret hæreditate *l. 2. §. interdum 2. de vulg. ſubſt.* ita poſt hæc ſcripta *viſus Jul. Gaecius ad tit. C. de inſt. & ſubſt. num. 15.* poſt teſtatoris autem mortem ab ſciente utiliter adimpletur, non ab ignorante, qui defuncti judicio obtemperaſſe dici non poteſt. Nec tunc obſtat textus in *dict. l. 2. de C. & D.* Ubi Ulpianus propter ſulam ignorantiæ rationem ſupeſtite adhuc teſtatore inutiliter adimpleri poteſtativam conditionem reſpondet; nam pro ſulurione dicere primò poſſem quod cum regulariter vivente adhuc teſtatore, quod in teſtamento comprehenditur, ignoretur, non incommodè Ulpianus ad ignorantiæ rationem recurrit. Secundò & verius reſpondeo Ulpianum non ad ignorantiæ rationem recurrere, ſed quod dixerat, poteſtativam conditionem debere poſt mortem teſtatoris impleri, ſic à ſimili confirmatur: ad hoc ut quis paruiſſe conditioni dicatur, ſcire etiam debet, ſe ſub ea conditione inſtitutum, adeo ut ſi fato fecerit, voluntati non obtemperare videatur. Ergo nec ante mortem teſtaturis utiliter conditionem adimplet, cum ut nuper dixi, nec antè paruiſſe judicio teſtatoris credatur.

3 Verum adverſus hanc doctrinam, quam in mixtæ & caſualis conditionis terminis probant præterea textus in *l. hæc conditio 10. in princip. & in l. publius 36. in princ. de C. & D.* junct. Giphanio in *dict. l. 7. C. de inſt. & ſubſt. l. qui duos 18. in princ. de manumiſſ. teſtam. ubi Cujacius lib. 2. Julianus ad Urſeium ferocem.* Nonnullæ ſe offerunt difficultates, prima nam & is, qui ſub mixta conditione hæredem inſtituit, non ſulam conditionis exiſtentiam, ſed & in inſtituti hæredis in cujus arbitrio partim conditio eſt, obſequium, & voluntatis implementum deſiderat, & tamen mixta conditio ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore, utiliter adimpletur: idem igitur erit de poteſtativa dicendum. Secunda, nam poteſtativa conditio etiam circa animi deliberationem ab ignorante utiliter adimpletur, ut videre eſt in poteſtativa illa conditione, *ſi decem dederit*, quæ ultimo etiam citra momento, & ſic ab ignorante poteſt per alterum adimpleri, *l. ſi Areſcuſa 15. in fin. de ſtat. hom. l. ult. verſiculo, an vero hoc tit.* cum tamen ignorans teſtatoris voluntati obſequiū exhibuiſſe dici non poſſit: ergo & ſuperſtite adhuc teſtatore, utiliter adimpletur, quamvis ejus judicio non pareatur. Tertia, nam hæc conditio inſtitutioni adjecta, *ſi ſervum*, quem in poteſtate inſtitutus hæres habet, *manumiſerit*, poteſtativa eſt *l. ſi quis inſtituatur 23. §. 1. de hæred. inſt.* & tamen vivo etiam teſtatore utiliter adimpletur *l. quæ ſub conditione 8. §. mortuo 7. hoc tit.* Quarta, nam quod caſualis conditio utiliter poſſit vivo teſtatore exiſtere, non teſtatoris voluntas, ſed ſola æquitatis ratio efficit, ut diſertè Ulpianus ſcribit in *l. ſi vir uxori 61. de C. & D.* Ubi cum vir uxori ad liberorum tempus, & ſic ſub conditione, *ſi liberos habuiſſet*, legaſſet, & quæreretur, an de his dumtaxat filiis, qui in lucem editi poſt ejus obitum fuiſſent, an de his qui ab eo vivente ſuſcepti poſt factum teſtamentum fuiſſent, cum manente matrimonio deceſſiſſet, teſtator ſenſiſſet, æquum eſſe Conſultus reſpondit, ut ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore liberi in lucem edantur, utiliter extitiſſe conditio intelligatur: ergò ſentit, quod ſtricto jure inſpecto conditio illa debuit omninò poſt mortem teſtantis exiſtere. Quinta, hæc conditio, *ſi filia mea Titio nupta erit*, mixta ſine dubio eſt, quæ tamen dumtaxat vivo teſtatore utiliter adimpletur, *l. 2. de reg. Catoniana*, mixta igitur conditio inutiliter poſt mortem teſtatoris impletur. Sexta & ultima, ſi præfatum inter conditiones diſcrimen fuiſſet inter prudentes receptum, falſus Juſtinianus eſſet, qui in *dict. l. 7. C. de inſt. & ſubſt.* omni veterum dubitatione ſecluſa ſe noviter illud ſtatuere jactat, ut caſuales, & mixtæ conditiones quandocumque, id eſt, tam vivo, quam moriente, vel mortuo teſtatore, utiliter poſſint exiſtere vel impleri.

Quibus difficultatibus, ut ordine ſatisfaciam 4 facilè. Primæ reſpondeo, quod cum mixta conditio non omninò ex inſtituti hæredis pendeat arbitrio, ſed ex ejus partim voluntate, partim ex caſu, vel alterius voluntate, ad poteſtativæ diſcrimen, vivo etiam teſtatore utiliter adimpletur, nec enim qui ſub ea hæredem inſtituit, inſtituti hæredis obſequium, in cujus mero arbitrio conditio non eſt, ſed ſolum conditionis exiſtentiam, vel implementum deſiderat, nec de exiſtentiæ, aut implementi tempore curat, ut Ulpianus ratiocinatur, in *dict. l. 10. in princ. de C. & D.* Secundæ reſpondet cum judicio Ripol. in *dict. l. 2. eod.*

tit. num. 54. *cum* 2. *ſequent.* quod etſi conditio *ſi decem dederit*, ultimo etiam vitæ momento poſſit per alterum impleri *dict. leg.* 15. *de ſtat. hom. dict. leg. ult. hoc tit.* non inde infertur quod ab ignorante citra animi deliberationem poſſit adimpleri, prout falſo exiſtimabat Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 1. *num.* 4. Nam ſupponendum neceſſario eſt, inſtituti hæredis mandatum præceſſiſſe, cujus vi extraneus ejus nomine utiliter dandi conditionem adimplet, quæ hoc ipſo ab inſtituto hærede, & ſciente, quamvis moriente, adimpleta cenſetur argumento textus. *In leg. ſi procurator* 13. *de acquir. rer. dom.* junctis quæ dixi *ad tit. de acquir. poſſeſſ. cap.* 5. *num.* 13. Et facit præterea elegantiſſimus, & electus ad rem textus, *in leg. quidam* 5. *verſiculo & antequam id ſciret de rebus dubiis.* Tertio poſt alias rejectas ſolutiones *cum ſpino dict. gloſ.* 14. *principali num.* 17. & Molina *de juſt. & jur. tract.* 2. *diſp.* 206. reſpondet Ripol. in *dict. leg.* 2. *num.* 38. quod conditio illa, *ſi ſervum manumiſerit*, poteſtativa quidem eſt, ſed quia ſemel impletur, nec impleta ſemel reiterationem admittit, ſeu quod idem eſt, iterum adimpleri non poteſt *leg.* 2. *C. de vindic. libert.* vivo etiam teſtatore utiliter adimpletur, nam quæ reiterationem non admittunt, conditiones utiliter poſſunt vivo teſtatore adimpleri, *dict. leg.* 11. *in princ. de C. & D.* Sed nec referenda hujuſmodi ſolutio eſt, nam ſupra expenſa juris ratio propter quam poteſtativas conditiones diximus omnino debere per mortem teſtatoris impleri, generalis eſt, & eas etiam comprehendit quæ ſemel impletæ iterum impleri non poſſunt. Nec contrarium evincit textus in *dict. leg.* 11. qui ut ex dicendis conſtabit, extraneus omninò ab hac inſpectione eſt. Difficilior ſanè, propriorque videri poſſet textus in *dict. leg.* 10. *in princ. eodem tit.* ubi poſtquam dixit Ulpianus, quod conditio hæc, ſi filia mea nupſerit, impleri vivo teſtatore poteſt, qui non tam filiæ obſequium, quam nuptiarum eventum deſideravit, eam rationem adjicit, *præſertim cum conditio hæc talis eſt, ut ſemel impleri debet* (quem loquendi modum & latinitatis elegantiæ conſonum & conſultis aliis familiarem adverſus Antonii Fabri audaciam in Papin. *tit.* 9. *princ.* §. *illat.* 11. *ex leg. quidam* 10. *& ex leg. rogo* 21. *de fideicommiſſ. libert.* demonſtrat Antonius Ramos 2. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 18. *n.* 4.) quaſi ſentiat, quæ reiterationem non admittit, conditionem, vivo etiam teſtatore, impleri quam optimè poſſe. Sed non difficulter reſpondeo ultimam illam rationem, quam ex abundanti Ulpianum adjeciſſe ex textus littera conſtat, ad mixtam, de qua loquebatur, conditionem reſtringi, nec extendi ad poteſtativam debere, quæ etſi maximè reiterari non poſſit, vivo teſtatore inutiliter adimpletur, cum teſtatoris judicio non pareatur. Quamobrem ultra interpretes exiſtimo, quod conditio illa, ſi ſervum manumiſerit, ſi quidem proprius ſervus inſtituti hæredis ſit, tanquam poteſtativa, quamvis ſemel dumtaxat impleatur, poſt mortem ſolum teſtatoris utiliter adimpletur, & hoc ipſum ni fallor ſenſit Ulpianus, qui interpretes huc uſque decepit, & noſtram ſententiam fulſit, in textu non vulgariter nunc (prææuntibus tamen Philippo Decio in *dict. leg.* 2. *C. de inſt. & ſubſt. num.* 4. & Ripol. in *dict. leg.* 2. *num.* 89.) quoad hanc partem intelligendo in *dict. leg.* 8. §. 7. *hoc tit.* Ubi docet, quod ſi ſtichus, quem inſtitutus hæres conditionis adimplendæ cauſa manumittere juſſus erat, vivo teſtatore mortuus, vel manumiſſus ſit, hæres non defectus conditione videtur: ergo ſentit per manumiſſionem ab inſtituto hærede vivo teſtatore factam adimpletam revera illam conditionem non eſſe. Conſequentiam evidenter probo; tum quia Ulpianus manumiſſionis caſû cum caſu mortis conjungit & utrumque unica deciſione complectitur; ſed ubi ſervus vivo teſtatore decedit, nemo dixerit, revera illam conditionem impleri: ergo nec impleta revera conditio dici poteſt, ubi ſuperſtite adhuc teſtatore ſervus ab inſtituto hærede manumittitur; tum quia expreſsè Ulpianus neutro ex his caſibus revera conditionem impleri, imò in utroque revero deficere, ſed juris cenſura, pro impleta haberi fatetur, ut evincunt illa textus verba; *non videbitur defectus conditione hæres*, quod quanam ratione nitatur, & ſequenti capite demonſtrabo, & variè interim exponunt Cujacius 17. *obſerv. cap.* 22. Coſta *in* §. *ſi arbitratu. Ampliat. ult. & limit.* 6. *num.* 21. Donell. 8. *comment. cap.* 34. & ibi Oſſuald. *littera D.* Amaya 2. *obſerv. cap.* 12. *num.* 17. Suarez de Mendoſa *ad leg. Aquil. lib.* 1. *cap.* 4. *ſect.* 1. *n.* 26. Ramos *dict. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 8. *& lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 28. ergo in Ulpiani ſententia poteſtativa illa conditio, ſi ſervum manumiſerit, revera non niſi poſt mortem teſtatoris utiliter adimpletur. Aliud profectò dicendum cenſerem, ſi ſervus quem inſtitutus hæres conditionis adimplendæ cauſa manumittere juſſus eſſet, nôn ejus proprius, ſed alienus eſſet; tunc enim conditio illa tanquam non poteſtativa, ut à contrario ſenſu colligitur *ex dict. leg.* 23. §. 1 *de hered. inſt.* ſed mixta, ex inſtituti hæredis partim emendi ſervi voluntate, & ex domini diſtrahendi ſervi arbitrio dependens, juxta noſtram regulã tam vivo quam mortuo teſtatore poſſet æque utiliter adimpleri.

5 Quartæ difficultati reſpondeo, verba illa textus in *dict. leg.* 61. *de C. & D. æquum eſt*, non æquitatis rationem adverſus ſtricti juris diſciplinam denotare, ſed ſic juxta ſubjectam materiam accipienda, quaſi dicat Ulpianus conſentaneum valdè teſtatoris eſſe voluntati, ut conditio illa *ſi liberos habuerit*, ſub qua frequenter mariti uxoribus legare ſolebant, ex his quæ tradit Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 34. *per tot. & præcipuè num.* 13. ſive vivo, ſive mortuo teſtatore liberi in lucem edantur, utiliter extitiſſe dicatur, cum vel caſualis ſit, vel ſaltem mixta, non poteſtativa. Fortius ſane quinta difficultas urget deſumpta ex *dict. leg.* 2. *de regula Catoniana*, pro cujus ſolutione ſuppono quod diximus mixtam conditionem tam vivo quam mortuo teſtatore, utiliter adimpleri, ita procedere, niſi contraria ſit teſtatoris voluntas, quæ conditiones gubernat, nam & poteſtativæ conditiones ita demum debent poſt mortem teſtatoris impleri, ſi in hoc fiant, ideſt ſi in id adſcribantur, ut teſtamento pareatur, ut ſignantur Paulus expreſſit in *dict. leg.* 11. §. 1. *de C. & D.* indicans, quod ſi non in id adſcribantur, ut teſtamento pareatur, vivo teſtatore poterunt, immò & aliquando debebunt adimpleri, veluti ſi teſtator ita dixerit, *ſi intra* 100. *dies à teſtamenti tempore computando Capitolium aſcenderis, hæres eſto*: vel ita *ſi me vivo Capitolium aſcenderis*: quemadmodum &

Digitized by Google

licet regulariter poſſint poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem impleri, nonnunquam propter manifeſtam teſtatoris voluntatem, poſt aditam demum hæreditatem utiliter adimplentur *leg. quæſitum* 91. §. 1. *verſiculo hujuſmodi de leg.* 1. Qua ſuppoſitione facta, reſpondeo. quod etſi conditiones hæ, *ſi nupſerit*, *etſi nupta erit*, mixtæ ſine dubio ſint, multum tamen inter ſe diſtant, conditio illa, *ſi nupſerit*, ad certum aliquod tempus non refertur, & juxta teſtatoris voluntatem ſive vivo, ſive mortuo eo, utiliter adimpletur *dict. leg.* 10. *in princ. leg. ſi ita legatum* 68. *de C. & D.* At conditio illa, *ſi nupta erit*, ex verbi proprietate ad ratum aliquod tempos debet afferri, qoo teſtator filiam nuptam jam eſſe vult, ad hoc ut ad hæreditatem, vel legatum admittatur, hoc autem tempus cum nec præſens condendi teſtamenti eſſe poſſit, propter conditionis naturam, quæ in futurum confertur, nec poſt mortem certo definiti, ſupereſt, ut non aliud, quam teſtatoris mortis, ſit. Hæc doctrina quam cum aliis, quamvis ratione non adducta, Coſta tuetur *in §. ſi arbitratu limit.* 7. *num.* 6. *cum* 3. *ſequentibus & limit. ult. n.* 9. præcipuè probatur *ex dict. leg.* 2. *de reg. Catoniana in leg.* 1. §. 1. & 2. *eodem tit.* duos caſus Celſus appoſuerat (pro ſecundi explicatione conſulendus Marcus Lyclama *lib.* 7. *membror. egloga* 6.) in quibus conditionale legatum quod non valeret, ſi teſtamenti tempore teſtator deceſſiſſet; quia ex eo conditio defeciſſet, ex eo ſubſiſtit, quod diutius teſtator vixerit, & ſic conditio extiterit, quod verba quidem Catonianæ regulæ offendit, non ejus mentem & ſententiam, ut pote quæ ad conditionales diſpoſitiones non pertinet, *leg. cætera* 41. §. *tractari* 2. *de legatis* 1. *leg.* 4. *de regula Catoniana.* Similem alium caſum in *dict. leg.* 2. Paulus ſubjungit, ut ecce filiæ teſtamenti condendi tempore adhuc impuberi ſub ea conditione, *ſi titio nupſa erit*, relictum legatum ſi quidem paternæ mortis tempore nupta ita filia reperiatur, jure ſubſiſtit, quod tamen ex conditionis defectu inutile prorſus eſſet, ſi parens ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet: ergo ex mente Pauli conditio illa debet ante teſtatoris obitum adimpleri. In eamdem etiam ſententiam expreſsè Ulpianus conſpirat, qui in *dict. leg.* 19. *in princ. verſiculo denique de C. & D.* de eadem conditione pertractans, in ea placuiſſe, inquit, non ſemper mortis tempus obſervari, ſed voluntate patrocinante, tardius produci, quaſi (Accurſii deliramentis omiſſis) dicat quod etſi regulariter in ea conditione mortis teſtatoris tempus expectetur, nonnunquam propter expreſſam, aut conjecturatam teſtantis voluntatem tardius producitur: ergo regulariter conditio illa ſolum antè teſtatoris mortem utiliter adimpletur. Verum hæc inter conditiones, *ſi nupſerit etſi nupta erit*, differentia nimis ſubtilis, & teſtantium judicia ſubvertere Juſtiniano viſa fuit, qui idcirco in *dict. leg.* 7. *C. de inſt. & ſubſt.* conditionem etiam illam *ſi nupta erit*, non ſolum vivo aut moriente, verum & mortuo teſtatore utiliter adimpleri noviter adverſus veterum placita conſtituit.

6 Ultimæ difficultati, quam diſſolvere auſus non fuit *ſubtilis* Coſta a. *ſelect. cap.* 11. omiſſo Giphanio *in dict. leg.* 7. *C. de inſt. & ſubſt.* facilè reſpondetur, Juſtinianum in *dict. leg.* 7. jus quidem novum inſtituere, non tamen quatenus caſuales vel mixtas conditiones ſive vivo, ſive mortuo teſtatore affirmat utiliter exiſtere, vel impleri; hoc enim Digeſtorum etiam jure receptum inter prudentes erat, ſed quatenus conditionem illam *ſi nupta erit*, à conditione illa, *ſi nupſerit* quoad implementi tempus non diſtare; ſed ſimilem mixtis aliis & caſualibus conditionibus eſſe decernit, & præcipue quatenus caſualem vel mixtam conditionem ſemel vivo teſtatore extitiſſe ſufficere ſtatuit, quamvis mortis teſtatoris tempore ejus exiſtentia vel implementum non perſeveret. Verum longe ante Juſtinianum hoc ipſum & à prudentibus receptum & ab Imperatoribus confirmatum perſpicui probant textus in *leg. in ſubſt.* 31. *in princ. de vulgari.* Junctis quæ pro ejus explicatione dixi in *Academic. de pupillar. cap.* 1. *num.* 28. *leg. hæredib.* 77. *in princ. ad Trebell. leg.* 4. *C. quando dies leg.* Quam difficultatem ab interpretibus omiſſam ut expediam, illud ante Juſtinianum receptum exiſtimo, ut ſemel extitiſſe vel impletam fuiſſe conditionem ſufficeret, ſi quidem ſine inſtituti hæredis, vel legatarii facto, vel culpa ejus perſeverantia poſtea defeciſſet; in quibus terminis expreſſe nuper adducti textus loquuntur niſi talis conditio eſſet, quæ ad mortis teſtatoris tempus referretur, prout in *dict. leg.* 31. §. 1. *de vulgari*, quem expoſui d. *cap.* 1. *num.* 9. & *in leg. ex facto* 17. §. *ſi quis autem* 7. *ad Trebelli.* qui textus ſic facile conciliantur *cum dict. leg.* 77. *in pr. eodem tit.* At ſi quæ vivo teſtatore extitiſſet, vel impleta fuiſſet, conditionis perſeverantia inſtituti hæredis, aut legatarii facto, vel culpa ante mortem teſtatoris defeciſſet, hæredem aut legatarium quaſi teſtatoris judicium neglexiſſet, conditione defectum veteres crediderunt, quorum ſententiam ea forſitan adductus Juſtinianus correxit, quod cum in mixtis ſeu caſualibus conditionibus non inſtituti hæredis aut legatarii obſequium, ſed exiſtentiam dumtaxat vel implementum teſtator deſideret, ſemel extitiſſe, vel impletam conditionem ſufficit, nec quidquam facit, quod hæredis aut legatarii facto conditionis perſeverantia ante mortem teſtatoris defecerit. Hanc vero Juſtiniani mentem & ſententiam eſſe, mihi & convincenter ſanè ipſa textus littera probat, proponitur, ibi aliquis hæres ſub conditione inſtitutus, *ſi conſul factus fuerit vel Prætor*, aut filia ſub illa conditione inſtituta *ſi nupta fuerit*, & quod inſtitutus hæres vivo teſtatore vel conſul proceſſit, vel Prætor fuit factus, verum Conſulatum aut Præturam ante mortem teſtatoris depoſuit, aut filia quæ vivo teſtatore nupſit, ante patris obitum à marito divertit; hi Juſtinianeæ illius conſtitutionis ſunt termini, in quibus conditionis perſeverantia hæredis facto ante mortem teſtatoris defecit, cum inſtitutus hæres Conſul, Prætorve factus ſponte Conſulatum, aut Præturam dimiſerit, quod verbum illud deponere in activa prolatum denotare certum eſt, & filia, quæ nupſit, à marito ſponte divertit. Quod ideo meo judicio accuratè Juſtinianus expreſſit, quia alioquin ſi ſine hæredis facto ante mortem teſtatoris conditionis perſeverantia defeciſſet, veluti ſi tranſactum Conſulatus, vel Præturæ tempus fuiſſet, aut à reluctante filia maritus divertiſſet, receptum etiam inter veteres erat, ut non ex eo videretur conditio defeciſſe, nec in id Juſtiniani conſtitutione opus erat ut apparet ex *dict. leg.*

31. *in princ. de vulgari. dict. leg. 77. ad* Trebell. *dict. leg. 4. C. quando dies leg.* Fallit tamen hæc Juſtiniani conſtitutio, ſi conditio ſui natura tractum habeat ſucceſſivum, veluti in terminis textus; *in leg. ſi quis ita legaverit* 8. *de C. & D. cum ſimil.* cujus momentaneum non ſufficit implementum, ſed perſeverantia requiritur, ut late & utiliter ad praxim proſequuntur Petrus Barboſa in *dict. leg. 31. de vulgar. ex n. 6.* & cum pluribus Caſtillo *tom. 5. controverſ. cap. 89. ex n. 6.*

7 Illud nunc antequam ad ſecundam hujus capitis partem deveniam, inveſtigandum breviter duxi, utrum ſcilicet, ſi conditio hæredis inſtitutioni adjecta teſtamenti tempore extiterit, vel impleta jam fuerit, debeat iterum, vel vivo, vel mortuo teſtatore exiſtere, vel impleri? Et dicendum cum Paulo eſt in *dict. l. 11. in princ. de C. & D.* multum intereſſe, an teſtator extitiſſe, vel adimpletam eſſe conditionem ſciat, an vero ignoret, & rurſus an iterum exiſtere, vel impleri conditio poſſit! an reiterationem non admittat, ita ut ſi teſtator jam extitiſſe, vel adimpletam eſſe conditionem ſciat, ſi quidem talis conditio ſit, quæ reiterationem admittat, debeat iterum exiſtere, vel impleri? Nam teſtator qui jam extitiſſe, vel impletam eſſe conditionem ſcivit, iterum eam exiſtere, vel impleri velle cenſetur; ſin autem teſtator extitiſſe, aut impletam jam eſſe conditionem ignoret, & ſi ea ſit conditio quæ reiterationem admittat, non debeat iterum exiſtere, vel impleri imò ſub ea concepta hæredis inſtitutio perinde habeatur, ac ſi purè fuiſſet concepta. Hinc in illâ conditione, *ſi navis ex Aſia venerit*, quæ etſi ſemel extiterit, iterùm exiſtere poteſt, ſi quidem teſtamenti tempore jam extiterit, ſuperior ſcientiæ vel ignorantiæ teſtatoris ſervatur diſtinctio *dict. l. 10. §. 1. eod. tit.* Ubi hoc ipſum dicendum Ulpianus ſubjungit, ſi ei, qui pubes jam erat tempore teſtamenti ſub ea conditione, *cum pubes erit*, vel hæreditatem, vel legatum teſtator reliquerit, nam ſi teſtator eum puberem jam eſſe ignoraverit, pro impleta conditio habetur, ſi vero puberem eum eſſe ſcierit teſtator, conditio iterum debet impleri, quod quidem ſummè difficilè videtur, nam conditio illa *cum pubes erit*, ei adjecta qui pubes jam eſt, etſi teſtator puberem eum eſſe ſcierit, impoſſibilis eſt, neque enim qui pubes ſemel effectus eſt pubeſcere iterum poteſt; ergo etiam in caſu ſcientiæ teſtatoris non iterum adimpleri imò pro non ſcripta debet haberi juxta generalem regulam textus in *l. 1. hoc tit. l. 3. de C. & D. cum ſimil.* Sed reſpondeo ex ſententia Goffredi in *dict. l. 10. §. 1. de C. & D.* & Coſtæ *dict. lib. 2. ſelect. cap. 12. num. 2.* quod conditio illa, *cum pubes erit*, quamvis ei adjecta, qui teſtamenti tempore pubes jam ſit, poteſt iterum adimpleri, vel ut proprius loquar, data ſcientia ex parte teſtatoris impleta nondum cenſetur, donec ſub ea inſtitutus hæres ad pleniſſimam pubertatem, ad ætatem nimirum 25. annorum, perveneri, nam teſtator, qui inſtitutum hæredem 14. annorum jam eſſe ſciebat, in conditione illa, *cum pubes erit*, ne alioquin ſuperflua ſit, & inanis, de pleniſſima creditur pubertate ſenſiſſe, expreſſus eſt textus in *l. cum filiofamilias 50. §. ego quidem 5. de legatis 3.* Cæterum ubi teſtator, eum quem ſub illa conditione, *cum pubes erit*, hæredem inſtituit, teſtamenti tempore puberem jam eſſe ignoraverit, præſens ideo inſtitutio eſt, quia ignorans teſtator creditur non de pleniſſima, ſed de regulari, pubertate ſenſiſſe, ad quam qui ſemel pervenit, iterum pervenire non poteſt. Nec tum refragatur textus in *l. ſi cui legetur 49. §. 1. de legatis.* ubi non de conditione, *cum pubes erit*, ſed imò de conditione, *cum 14. annorum erit*, Ulpianus pertractat, conditio vero *cum ad 14. annos pervenerit*, talis eſt quæ ſemel impleta iterum adimpleri non poteſt, & idcirco nullo ſcientiæ, vel ignorantiæ teſtatoris diſcrimine habito pro impleta habetur, ex regula textus in *dict. l. 11. in princ. de C. & D.* Diſcrimen autem, quod inter caſus ſcientiæ & ignorantiæ teſtatoris in *dict. l. 49. §. 1.* Ulpianus apponit, non ad conditionem illam, ſed ad temporis computationem ſpectat, quo poſt illam impletam conditionem legatum præſtari teſtator juſſerat. Proponitur ibi legatum relictum *ad 14. annum cum perveniſſet, annua, bima, trima die*, & ait Ulpianus, quod ſi legatarius teſtamenti tempore pubes jam fuerit, ſivè id teſtator ſciverit, vel ignoraverit, pro impleta conditio habetur; Cæterum ſi quæratur, ex quo triennium ſit computandum, multum intereſſe inter ignorantem, & ſcientem teſtatorem reſpondet, ita ut ſi legatarium puberem jam eſſe teſtator ignoraverit, juxta ipſius legatarii ætatem triennium numeretur, & præſens legatum ſit, ſi quo tempore teſtator deceſſerit, legatarius *ad 17. annum pervenerit*, ſi vero puberem jam eſſe legatarium, aut longè pubertatem exceſſiſſe, teſtator ſcierit, triennium ad legati præſtationem ex die facti numerandum ſit, quia licet conditio, ut potè quæ iterum adimpleri non poteſt, etiam in caſu ſcientiæ teſtatoris pro impleta habeatur, triennium tamen ad legati ſolutionem præſtitutum excurrere iterum poteſt, & excurrere iterum noluiſſe ſciens teſtator cenſetur.

Ex eodem principio fluit, quod ſi ea quæ 8
teſtamenti tempore nupta jam erat, ſub ea fuerit conditione inſtituta, *ſi nupſerit*, multum refert, an id teſtator ſciverit, an ignoraverit? Nam ſi ſciverit, de aliis nuptiis videtur ſenſiſſe, nec aliter mulier ad hæreditatem poterit ex cauſa inſtitutionis admitti, quam ſi prioribus diſſolutis nuptiis ſecundas contraxerit, at ſi ignoraverit, pro impleta conditio habetur, & inſtitutio tanquam purè facta cenſetur *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ult. de legatis 2. l. ſi ita legatum 68. de C. & D.* Sed obſtat, quod quæ ſemel implentur, ſeu quæ impletæ reiterationem non admittunt, conditiones, ſi teſtamenti tempore impletæ jam ſint, ſine ulla teſtantis ſcientiæ, vel ignorantiæ diſtinctione pro impletis habentur *dict. l. 11. in princ. eodem tit.* ſed conditio *ſi nupſerit*, ſemel duntaxat impletur, ſeu impleta ſemel reiterationem poſtea non admittit, *dict. l. 10. in princ. eodem tit.* ergo ſi teſtamenti tempore impleta jam fuerit, ſivè id teſtator ſciverit, ſivè ignoraverit, pro impleta debet haberi, nec ſub ea inſtituta mulier alterum debebit, matrimonium expectare. Cui difficultati tametſi ab Interpretibus omiſſæ reſpondendum arbitror, conditionem illam, *ſi nupſerit*, ſivè jam nuptæ, ſivè innuptæ mulieri fuerit adjecta, reiterationem admittere, id eſt, ſemel ac iterum adimpleri quam optimè poſſe, nam & nupta jam mulier poterit, divortio prius

factò , vel eidem marito , vel alii iterum nubere , & innupta ſimiliter , etſi nupſerit , prioribus ſolutis nuptiis , alias iterum contrahere jure poteſt , & idcirco teſtatoris ſcientiæ , vel ignorantiæ diſtinctio in conditione , *ſi nupſerit*, non minus quam in aliis omnibus conditionibus quæ ſui natura reiterationem admittunt, locum habet. Nec in *dict. l.* 10. contrarium Ulpianus affirmat , ubi quod conditionem illam, *ſi nupſerit* , ſemel impleri debere aſſerit , ex ejus mente quam ſequenti capite plenius exponemus , & illuſtrat interim Ramus *dict. lib.* 2. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 18. exponendum ſic eſt , quaſi teſtator qui virgini , vel innuptæ ſaltem filiæ eam conditionem adjecit , de primo videatur nuptiali jugo ſenſiſſe , non de ſecundis nuptiis cogitaſſe , quo ſenſu conditio impleri ſemel debet , per primas ſcilicet , non per ſecundas nuptias , quamvis alioquin ſi teſtatoris non refragaretur voluntas , ſui natura reiterationem admitteret. Diverſum profectò dicendum erit de conditione , *ſi nupta erit* , quæ cum ad mortis tempus referatur , ut dixi *num.* 5. nuptæ jam mulieri adjecta , ſivè id teſtator ſciverit , ſivè ignoraverit , nunquam ad ſecundas nuptias refertur , ſed priorum perſeverantiam , uſque ad tempus mortis teſtatoris deſiderat , ut ſubtiliter advertit Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 11. *num.* 2. Inde etiam pendet , quod ſi maritus uxorem , quæ liberos jam habebat , in liberorum tempus ſeu ſub conditione , *ſi liberos habuerit* , hæredem inſtituerit , de his liberis ſenſiſſe non videtur , quos uxor teſtamenti tempore habuit , ſed de ſuſceptis poſt factum teſtamentum *leg. ſolemus* 9. *dict. leg.* 91. *de C. & D.* quod ita procedit , ſi maritus idemque teſtator uxorem teſtamenti tempore liberos habuiſſe ſciverit , alioquin ſi id ignoraverit , prout in terminis textus in *leg. ſi quis ita* 16. §. *ſi quis* §. *de teſtam. tut. leg. qui jure* 7. *de teſtamento militis. leg.* 9. & 10. *C. eodem* §. *ſed ſi in expedit.* 6. *inſt. de exhæred. liber cum ſimil.* juxta ſuperiorem regulam conditio pro impleta habebitur. Nec huic doctrinæ Florentinus reſiſtit , in *leg. ſi inter virum* 24. *de pactis dotal.* ubi ſi inter virum & uxorem adhibitum pactum fuerit , *ut certa pars dotis vel tota ob unum , vel plures liberos intervenientes retineatur* , eorum etiam liberorum nomine , qui antequam dos datetur , aut ampliaretur, in lucem editi ſunt , ratam eſſe conventionem decidit. Nam aliorum ſolutionibus omiſſis facilè reſpondet Goffredus in *dict. leg.* 9. *de C. & D. num.* 2. ideo maritum , dum uxorem , quam liberos habere ſcit , hæredem in liberorum tempus inſtituit , de aliis liberis , poſt teſtamentum ſcilicet , ſuſcipiendis , ſenſiſſe videri , quia alioquin non conditionalis , ſed pura foret inſtitutio , & nihil conditionis verba operarentur ; at pactum illud de quo in *dict. leg.* 24. æquè utile, & efficax eſſe , ſi ad jam ſuſceptos datæ vel ampliatæ dotis , tempore , ſive ad poſtea ſuſcipiendos liberos referatur , cum unum eumdemque effectum circa jam ſuſceptos , & circa ſuſcipiendos poſtea liberos pactionis verba producant , ſtatutæ nimirum dotis partis , retentionem, quæ tamen non indiſtinctè , ſed quibuſdam dumtaxat caſibus , quos Ulpianus recenſet , in *fragm. tit.* 6. *de dotibus* §. *mortua* 3. & §. *propter liberos* 9. locum haberet , ſi adhibita illa pactio non fuiſſet. Ex qua etiam doctrina Papinianum , Goffredus intelligit in *leg. cum pater* 77. §. *vo*[illegible] 13. *de legatis* 2. ubi conditio *ſi ſine liberis deceſſerit* , ſi quidem mortis tempore ſuſcepti jam fuiſſent , deficere dicitur , quia unum eumdemque effectum conditionis verba producunt, ſive ad jam ſuſceptos teſtamenti tempore , ſive ad ſuſcipiendos poſtea liberos referantur.

Sed & illud ſupereſt inquirendum, intra quod 9 ſcilicet temporis ſpatium exiſtere , vel impleri hæredis inſtitutioni adjectam conditionem oporteat ? & ſi quidem certum temporis ſpatium teſtator adſcripſerit , intra illud dumtaxat , ſive caſualem ſive poteſtativam , ſive mixtam conditionem utiliter exiſtere , vel impleri perſpicuum eſt , *leg.* 3. §. *etſi* 8. *de minoribus leg. ſed ſi conditioni* 6. *in principio leg. liber homo* 59. §. *ſi ita ſcriptam* 6. *de hæred. inſt. leg. ſi quis hæres* 72. *de acquir. hæred. leg.* 3. §. *ſi conditioni* 31. *ad Syllan. dict. leg.* 91. *de C. & D. cum ſimil.* Sin autem teſtator ſimpliciter ſub conditione hæredis inſtitutionem conceperit , nec conditionem certo aliquo temporis ſpatio circumſcripſerit , ſi quidem caſualis vel mixta conditio ſit , citra controverſiam , quandiu inſtitutus hæres ſuperſtes eſt , quocumque tempore poteſt utiliter exiſtere vel impleri ; quin imò etſi poteſtativa conditio ſit , ſecurè dicendum exiſtimo cum Goffredo in *leg. hæc conditio* 29 *de C. & D.* Coſta *dict. lib.* 2. *ſelect. cap.* 4. Donello *dict. lib.* 8. *cap.* 33. & ibi Oſſuald. *littera O.* quod non ſolum ſtatim poſt mortem teſtatoris , imò & quocumque poſtea tempore utiliter adimpletur. Aſſumptum probatur *ex dict. leg.* 23. §. 1. *de hæred. inſt.* ubi ſi ſub conditione , cui parere facilè poſſit, inſtitutus hæres conditionem trahat , ideſt , conditionis differat implementum , ſi quidem hæreditarii creditores urgeant , certum ei temporis ſpatium à Prætore præfigitur , intra quod poſſit conditioni parere : ergo hæredis inſtitutioni adſcripta poteſtativa conditio non ſtatim debet poſt mortem teſtatoris impleri ; alioquin poſt congruum temporis ſpatium , intra quod impleri potuiſſet , omnino deficeret , nec niſi fruſtra , prætor adimplendæ conditioni terminum præſtitueret : Nec cum antiquioribus non nullis dicat aliquis textum in *dict. leg.* 23. §. 1. de illa conditione loqui *ſi ſtichum manumiſerit* , quæ ideo non ſtatim debet poſt mortem teſtatoris impleri , nam ejus implementum , ſi poſtea hæreditatis aditio non ſequatur , irreparabile irrogat præjudicium , cum præſtita ſemel ſervo libertas revocari poſtea non poſſit ; nam hæc conditio nec congruit textui in *dict. leg.* 3. 2§. 1. ubi Ulpianus de quacumque facili , ſeu poteſtativa conditione generaliter loquitur, & exempli ſolum cauſa illam ſubjicit conditionem , *ſi ſtichum manumiſerit*. Et ex eo præterea convincitur , quod conditio , *ſi Capitolium aſcenderit* , cujus oneroſum implementum non eſt , & conditio , *ſi titio decem dederit* ; cujus implementum aliquod irrogat præjudicium , ſed quod repudiatione hæreditatis ſequuta reparari poſtea poteſt , *leg.* 1. §. 1. *de conditione cauſ. dat*, ubi hæredis inſtitutioni adjiciuntur , ſi hæreditarii creditores non urgeant , longe etiam poſt mortis teſtatoris tempus utiliter adimplentur , *leg.* 4. §. *ult. cum* 2. *legibus ſequentibus de hæred. inſt. leg. ult. hoc tit.* Sed tunc acriter opponitur textus in *dict. leg.* 29. *de C. & D.* ubi hæc conditio , *ſi Capitolium aſcenderit* , in hoc ſenſu acci-

pienda eſſe dicitur, *ſi primum Capitolium aſcendere potuerit, aſcenderit*: ergo debet ſtatim poſt teſtatoris obitum adimpleri. Placuit tamen & merito laudatis ſupra interpretibus, Cujacii emendatione rejecta *lib.* 1. Julian. ad Urſeium ferocem in eo textu Accurſii, & aliorum antiquorum ſententia qui textum in *dict. leg.* 29. non in hæredum inſtitutionibus, ſed in legatis procedere exiſtimarunt, nec tamen congruam diſcriminis rationem aſſignant, quam donec meliorem alius præſtiterit, ex teſtatoris voluntate deſumendam cenſebam; qui facillimam illam conditionem, quam legato adſcripſit, ſtatim ae impleri potuerit, adimpleri voluiſſe intelligitur, nec aliter poſſet teſtatoris voluntas obſervari, nec in legatarii arbitrio eſſe, conditionis, cui parere facilè poteſt, implementum differre, qui ſi cum primum potuerit Capitolium aſcendere, non aſcenderit, defectus intelligitur; quamvis enim moram trahenti legatario ad hæredis inſtantiam implendæ conditioni terminum præfinire prærōr poſſet argumento textus in *leg. mancipiorum* 6. *de opt. leg.* id tamen non niſi ſtultè nimis inſtitutus hæres deſideraret, at ubi hæredis inſtitutioni conditionem illam teſtator adſcripſit, voluiſſe quidem cenſetur, ut quam primum poſſet, conditio impleretur, ſed non ut ſub ea inſtitutus hæres, ex eo quod quam plurimum ea implere poterit, non impleverit, defectus conditione dicatur, tum quia in eum caſum inteſtatus decedere voluiſſe facilè præſumendus non eſt, tum quia per Prætoris providentiam, de qua in *dict. leg.* 23. *de hæred. inſt.* ad creditorum, aut legatariorum inſtantiam, non multum conditionis implementum differendum prævidit, & in dubio juris diſpoſitioni ſe creditur conformare ex Ulpiano regula textus in *leg. ſi duo* 38. *de acq. hæred.* Verum doctrina textus in *dict. leg.* 29. ad conditionem *ſi voluerit*, legatarii perſonæ adjectam non pertinet, quæ propter manifeſtam teſtatoris voluntatem, quocumque tempore utiliter adimpletur, ut indicant textus in *leg. ſi ita legatum* 65. §. 1. *de legatis* 1. *& in leg. ſi ita expreſſum* 69. *de C. & D.* Sed nec ad poteſtativas illas conditiones ſpectat in quibus teſtator aliquid aliud, præter propriæ voluntatis implementum deſiderat, veluti *ſi decem dederit, ſi Stichum manumiſerit*; quæ legatis etiam adjectæ longo etiam poſt mortem teſtatoris tempore utiliter adimplentur, ut probant textus in *leg. cum ita* 94. *verſiculo diverſa & in leg. penult.* §. 1. *eodem tit.* & docet Coſta *dict. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 5. *cum* 3. *ſequentibus.*

10 Quando autem extitiſſe, vel defeciſſe adſcripta hæredis inſtitutioni caſualis conditio intelligatur (quæ ſecunda eſt hujus capitis pars) regulariter deffinire facile eſt, nam ſi is caſus in conditione comprehenſus defecerit; conditio dicitur defeciſſe, ſed quando extitiſſe, vel defeciſſe caſualis conditio intelligatur, non immerito dubitatur, ut ecce ſi mater filium ſub ea conditione inſtituerit, *ſi à patre fuerit emancipatus*, & filius non per emancipationem, ſed per patris mortem, aut deportationem, legitimumvè alium diſſolvendæ patriæ poteſtatis modum, ſui juris fuerit effectus, ſi quidem conditionis verba inſpiciantur, revera conditio deficit, cum filius emancipatus non fuerit, ſed ex matris mente & ſententia extitiſſe conditio intelligitur *leg.* 3. *C. de inſt. & ſubſt.* quæ eo animo ſub emancipationis conditione hæredem filium inſtituit, ut non patri, ſed ſibi ſui juris facto hæreditatem acquirat, unde quocumque modo filius ſui juris fiat, & ſibi acquirendi capax inveniatur, utilis extitiſſe conditio cenſetur, argum. text. in *l. mulier* 22. *in princ. ad Trebell. l. ſi ita eſſet* 15. *quando dies leg.* in quibus ex eadem ratione, *ſi filius morte patris ſui juris fuerit effectus*, ſi quidem à patre fuerit emancipatus, extitiſſe intelligitur Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 2. *parte* 1. *num.* 7. *& 9. cum tribus ſequentibus.* Melius quam Oroz *lib.* 1. *de apicibus cap.* 5. *num.* 29. Sed contrarium ſenſiſſe Ulpianus videtur in *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi cui ita fuerit* 11. *de legatis* 3. Ubi docet, quod ſi is cui ſub ea conditione, ſi morte patris ſui juris fuerit effectus, fuerit fideicommiſſum relictum, à patre ſit emancipatus, quamvis non ideo conditio defeciſſe dicatur, non tamen ſtatim, ſed poſt patris mortem, quaſi tunc conditio extiterit, ad fideicommiſſum admittitur: ergo conditio illa etiam emancipatione ſecuta antè paternam mortem, aut deportationem antè ſecutam exiſtit. Verum reſpondet Coſta in §. *& quid ſi tantum* 5. *parte num.* 80. *cum quatuor ſequentibus*, quod conditio illa, *ſi morte patris ſui juris fuerit effectus*, ſi quidem à matre fuerit adjecta, pro ut in *dict. l.* 22. *ad Trebell. dict. l.* 15. *quando dies leg.* ſtatim per filii emancipatiooem exiſtit ex matris ſententia, quæ quia patrem filium emacipaturum non credidit, non ſub emancipationis, ſed ſub ea conditione filio in ejus dumtaxat gratiam fideicommiſſum reliquit: ab extraneo autem adſcripta, pro ut in *dict. l.* 11. §. 11. *de legatis* 3. non ſtatim per filii emancipationem, ſed poſt paternam demum mortem exiſtit, ex extranei teſtatoris voluntate, qui non modo in fideicommiſſarii favorem, ut ſibi acquireret, ſed & in inſtituti gratiam, ut tardius ſolveret, ſuſpendiſſe fideicommiſſum cenſetur. Vel dici etiam cum Cujacio poterit, in *dict. l.* 3. *C. de inſt. & ſubſt.* Ulpianum in *dict. l.* 11. potius aſſerere quod conditio illa filio emanciparo non deficit, imò ſtatim exiſtit, & quod poſtea ſubjicit, poſt paternam mortem conditionem exiſtere, & fideicommiſſum deberi, non ad emancipationis caſum pertinere, in quo non defeciſſe, ſeu quod idem eſt, extitiſſe conditionem jam dixerat, ſed ad eum caſum referendum, quo emancipatus filius non fuerit, & in quo non niſi per patris mortem, aut legitimum alium diſſolvendæ poteſtatis modum extitiſſe conditio dici poteſt. Difficilior videri poteſt, ad rem ſelectus, quamvis vulgaris ad rem aliam textus in *l. patrem* 19. *quæ in fraud. cred.* ubi ab uxore hæres inſtitutus, & poſt mortem ſuam communi filio hæreditatem rogatus reſtituere, ſi emancipato filio, maternam hæreditatem reſtituerit, quia debitam fuit pietatem ſequutus, non intelligitur creditores fraudaſſe: ergo quam poſt mortem juſſus erat hæreditatem reſtituere, emancipato filio non ex aliqua juris neceſſitate, ſed ſola pietate ductus reſtituit: ergo conditio *ſi morte patris filius ſui juris fuerit effectus*, exiſtere per filii emancipationem non intelligitur, ac per conſequens, nec emancipationis conditio per patris mortem, aut deportationem exiſtit. Sed Cujacii omiſſa interpretatione *lib.* 11. *reſponſ. Papin in dict l.*

Digitized by Google

19. cum Coſta reſpondeo *dict. 5. parte num. 85. cum duobus ſequentibus.* quod ubi maritus ab uxore inſtitutus poſt mortem ſuam communi filio hæreditatem rogatur reſtituere, emancipato filio conditio non exiſtit propter veriſimilem matris voluntatem, quæ non temerè voluiſſe creditur, ut maritus emancipato filio hæreditatem ſtatim reſtitueret, ne emancipationis beneficium à filio emancipaſſe videatur, quem emancipaturus parens non eſſet, ſi beneficium ſuum tam oneroſum ſibi eſſe deberet, & idcirco parens, qui emancipato filio maternam hæreditatem reſtituit, pietatis officio fungi, non juris neceſſitati creditur ſatisfacere. Si dicas conditionem debere omnino in ſpecifica forma exiſtere, vel impleri *l. qui heredi 44. in princ. de C. & D.* & eum qui ſibi in unum caſum cavet, in alterum etiam caviſſe non videri, qui eumdem effectum etiam habet *l. ſi cum dotem 22. in princ. ſoluto matrimonio.* Reſpondet Donell. in *dict. l. 3. C. de inſt. & ſubſt. num. 2. & 5. textum in dict. l. 44.* ita procedere, niſi alia teſtatoris fuerit voluntas, quæ conditiones gubernat, pro ut in *dict. l. 3.* ubi ex matris judicio, filio quocumque modo ſui juris effecto, utiliter exiſtere creditur; regulam verò textus in *dict. l. 22. in princ. ſoluto matrimon.* ad pactiones & ſtipulationes, quæ ex duorum conſenſu conſtant, & in quibus ideo caſus omiſſus remanet ſub diſpoſitione juris communis, ſpectare non ad hæredum inſtitutiones, & teſtamentarias cæteras diſpoſitiones, quæ ex ſola teſtatoris voluntate, ex qua unicè pendent, laxiorem interpretationem accipiunt.

11 Sed & ſi quis, Titio hærede inſtituto, Mævium ita inſtituerit, *ſi Titius heres erit, Mævius heres eſto*, & utrumque alteri hæreditatem juſſerit reſtituere, conſtat quod Mævii inſtitutio ſub conditione caſuali concipitur, quæ non prius exiſtit, quam Titius hæreditatem adierit *l. 3. ſi quis ita 2. de hered. inſt. cum aliis adductis preced. cap. num. 21. cum duobus ſequentibus.* Verum ſi Titius hæreditatem, quam ſuſpectam prius dixerit, à fideicommiſſario coactus adierit, an reſpectu inſtitutionis Mævii extitiſſe, vel defeciſſe conditio intelligatur, quæritur. Dubitandi ratio in eo eſt, quod Titius qui coactus adiit, perinde habetur, ac ſi hæreditatem repudiaſſet *l. ita demum 27. §. qui ſuſpectam 2. ad Trebell.* ſed repudiante Titio inſtitutio Mævii ſine dubio deficeret, ergo & deficit, ſi compulſus Titius hæreditatem adierit. Sed meritò ex eo quod Titius quamvis coactus hæreditatem adierit, inſtitutionis Mævii conditionem exiſtere in *l. ſi ita ſcriptum 19. hoc tit.* à Martiano deciditur, cum revera hæreditatem Titius adierit: & quod perindè haberi dicitur, ac ſi hæres non extitiſſet, eo dumtaxat pertinet, ut lucrum ex eo teſtamento non ſentiat, quod habiturus non eſſet, ſi inſtitutus hæres non fuiſſet, *dict. l. 27. §. 2. ad Trebell.* pro cujus pleniori intelligentia videndus Valentia *dict. lib. 3. tract. 1. cap. 7. num. 7. & 8.* non quoad alia, cum imò per coactam aditionem per omnia teſtamentum confirmetur, *l. nam quod 14. §. ſi quis compulſus 3. eodem tit.* Poteſt itaque Mævius ſuo arbitrio hæreditatem adire, & partem ſuam fideicommiſſario, detracto quadrante reſtituere, nec tamen ex Titii parte quadrantem retinebit, quæ integra, & illibata ad fideicommiſſarium ſpectat ex regula textus in *l. 4. dict. l. 14. §. qui compulſus 4. ad Trebell. l. 4. eodem tit.* ut poſt Accurſium docent Goffred. in *dict. l. 19.* & Duarenus *ad noſtrum titulum cap. 5.*

Denique ſi proprius ſervus cum libertate ſic 12
fuerit inſtitutus, *Stichus ſi meus erit, aut qui meus erit, cum moriar heres eſto*, quando caſualis hæc conditiò extitiſſe, vel defeciſſe credatur, quæritur. Et ſi quidem ſervi dumtaxat uſumfructum teſtator alienavit, non ideo defeciſſe conditio dicitur *l. 2. in princ. hoc tit.* nam proprius is etiam ſervus intelligitur, cujus uſusfructus alienus eſt *l. 1. §. 1. ad Syllan. l. ſi quis ſuos 74. de legatis 3. l. rectè dicimus in princ. de verb. ſign.* in id tamen tempus differtur inſtitutio, quo uſusfructus extinguatur, & competere libertas poſſit *l. quoties 9. §. ult. de hered. inſt.* quamvis hodiè poſt novam Juſtiniani conſtitutionem in *l. 1. C. comm. de manum.* ſervus ſtatim à morte Domini liber & neceſſarius hæres exiſtat, ut adverunt Cujacius ad Pandect. in *dict. l. 2. hoc tit.* Sed etſi teſtator ſervi, quem ſub ea conditione inſtituit, partem alienaverit, in dubio verius eſſe conditionem non defeciſſe Ulpianus in *dict. l. 2.* reſpondet; nam & communis ſervus pro parte proprius intelligitur *dict. l. 1. §. domini 6. ad Syllan. dict. l. 74. de legatis 3. l. pupillus 239. §. ult. de verb. ſign.* niſi evidentiſſimis probationibus id apparuerit teſtatorem ſenſiſſe, ut conditio ſic acciperetur, ſi totus ſervus in ejus dominio permanſiſſet, tunc enim parte alienata, conditio deficeret, argumento textus in *l. Juliano 68. §. ſervos 2. de legatis 3.* Cæterum ſi totum ſervum teſtator aut ejus proprietatem uſufructu retento, alienaverit, conditionem inſtitutionis deficere in *dict. l. 2. hoc tit.* Ulpianus ſupponit, cui quaſi data opera adverſari Marcellus videtur in *l. ſervo 47. de C. & D.* dum aſſerit, quod ſervus ſub ea conditione, *ſi meus erit*, liber eſſe juſſus, & hæres inſtitutus, ſi quidem alienatus à teſtatore fuerit, juſſu novi domini poteſt hæreditatem adire; ergo conditionem illam, *ſi meus erit*, ſervi inſtitutioni adſcriptam etiam alienato ſervo non deficere ſentit. Sed ſubtiliter reſpondet Goffredus in *leg. Stichum 6. de legatis 1. num 4. cum ſequentibus.* multum intereſſe, an conditio illa, *ſi meus erit*, libertati dumtaxat, an vero inſtitutioni, vel libertati ſimul, & inſtitutioni fuerit adſcripta; nam ſi libertati dumtaxat fuerit appoſita, prout in *dict. l. 47.* ubi ſi ſervus ita liber eſſe juſſus, *ſi meus erit*, & ſine conditione, ſeu quod idem eſt, ſimpliciter hæres proponitur inſtitutus, conditionalem libertatem non reddit, ut potè cui ex natura rei ineſſet, quamvis expreſſa à teſtatore non fuiſſet, *l. ſi ſervus 35. de manum. teſtam.* & quamvis alienato ſervo deficiat, inutilem inſtitutionem non reddit, quæ & purè concepta proponitur, nec conditionalis reddi per purè relictam libertatem potuit, ut latius dixi *ad tit. quando dies leg. ced. cap. 2. num. 19. cum duobus ſequentibus.* At ſi inſtitutioni, prout in *dict. l. 2. hoc tit.* vel libertati ſimul, & inſtitutioni, prout in *l. talem 51. §. 1. de hered. inſt.* à teſtatore fuerit adſcripta, quamvis conditionalem ex nuper adducta ratione libertatem non reddat, reddit tamen inſtitutionem conditionalem, ut potè cui ex natura rei conditio

illa tacitè non ineſſet, ſi expreſſa à teſtatore non fuiſſet, & quia alienato ſervo conditio deficit, ex ejus defectu inutilis omnino inſtitutio conſtituitur. Nec dicat aliquis Martianũ in *dict. l.* 51. §. 1. ſentire, quod conditio illa, etſi expreſſa non fuiſſet, non libertati dumtaxat, verum & inſtitutioni tacitè ineſſe, ut oſtendere illa textus verba videntur, *quamvis etſi non erat hoc expreſſum, non alias liber & hæres fieri poterat, quam ſi manſiſſet ejus*: Nam reſpondeo his verbis id ſibi Martianum voluiſſe, quod ſcilicet conditio illa tacitè quidem ineſſet inſtitutioni, adhoc ut ſervus neceſſarius hæres exiſteret, qui ſine libertate neceſſarius hæres exiſtere numquam poteſt, non tamen inſtitutioni ſimpliciter ineſſe tacitè dici poſſet, ſi expreſſa non fuiſſet, cum ſervus cum libertate purè inſtitutus à teſtatore alienatus juſſu novi domini adire hæreditatem poſſit, *dict. leg.* 9. §. *ſervus* 16. *de hæred. inſt.* §. 1. *verſiculo quod ſi alienatus inſt. eodem tit.* Quibus nec refragatur textus in *leg. ſi ita ſcriptum* 13. §. 1. *de liberis & poſth.* cujus deciſiva ratio clarè colligitur ex regula textus in *leg. ſi certarum* 17. §. *ſi eodem teſtamento* 2. *de teſtamento militis.*

13 Rurſus & in eiſdem terminis, ſervi ſcilicet liberi eſſe juſſi, & inſtituti ſub ea conditione *ſi meus erit*, quæritur, an ſi ſervus teſtator ſervum manumiſerit, extitiſſe, vel defeciſſe conditio intelligatur? Et reſpondet Martianus in *dict. leg.* 51. §. 1. *verſiculo ſed ſi vivus de hæred. inſt.* per ſervi manumiſſionem inter vivos à teſtatore conditionem illam non deficere, propter veriſimilem teſtantis voluntatem, qui non manumiſſionis, ſed alienationis caſum excludere voluiſſe cenſetur, & quod nec teſtamenti, ſeu conditionis verba hoic voluntatis conjecturæ omnino repugnant, nam à teſtatore manumiſſus, quamvis non ſervus, ejus tamen libertus eſt. Sed contrarium docere Javolenus videtur, in *leg. qui concubinam* 29. §. *ſi ſtichus* 4. *de legatis* 3. ubi ſi duobus ſervis ſub conditione, *ſi in poteſtate mea erunt, cum moriar*, cum libertate relictum legatum ſit, & eorum alterum teſtator alienaverit, vel manumiſerit, neutrum liberum futurum Labeo putat. Tubero ex adverſo, cujus ſententiam magis defuncti voluntati convenire Javolenus ait, & Ulpianus & Martianus in alienationis terminis amplectuntur in *dict. leg.* 2. §. 1. *hoc tit. & in leg. falſa* 33. §. *ult. de C. & D.* juncto pro eorum explicatione Goffredo in *leg. qui duobus* 23. *eodem tit. n.* 37. *cum ſeq.* eum, qui in poteſtate remanſiſſet, liberum futurum, & legatum habiturum reſpondit: ergo conditio illa æquè deficit, ſive ſervus à teſtatore manumittatur, ſive alienetur. Verum Accurſii ſolutionibus omiſſis in *dict. leg.* 51. §. 1. & *in dict. leg.* 29. §. 4. reſpondet optimè D. D. Laurentius Santos de S. Pedro in manuſcripto commentario ad textum in *leg. demonſtratio* 17. *de C. & D.* conjecturam illam voluntatis de qua in *dict. leg.* 51. §. 1. ex eo deſumi, qood teſtator, dum ſub ea conditione hæredem ſervum inſtituit, non ſervo ſolum, imò & præcipuè ſibi, ut ſervum hæredem haberet, proſpexit. & idcirco manumiſſionis caſum excludere voluiſſe non præſumitur, quæ conjecturæ ratio deficit omnino circa legatum ſub ea conditione relictum in *dict. leg.* 29. §. 4. in quo ſervo dumtaxat, non etiam ſibi proſpexiſſe teſtator dici poteſt, & tam manumiſſionis, quam alienationis caſum excluſiſſe cenſetur. Quibus noſtrum, jamque veſtrum expendimus commentarium de poteſtativæ, mixtæque conditionis implemento, & de pendentis, deficientis, & exiſtentis, ſeu impletæ conditionis effectibus, duobus poſtea capitibus tractaturi.

CAPUT TERTIUM.

Quando hæredis inſtitutioni adſcripta poteſtativa, mixtavè conditio impleta fuiſſe, vel defeciſſe credatur?

QUando hæredis inſtitutioni appoſita caſuaris conditio extitiſſe, vel defeciſſe dicatur, 1 jam vidimus. Nunc [ut docendi ordinem ſervemus, & difficiliorem, elegantioremque noſtri commentarii partem luſtremus] quando inſtitutioni adſcripta, poteſtativa, mixtave conditio adimpleta fuiſſe, vel, defeciſſe credatur, videamus. Non aliter poteſtativam, mixtamve conditionem adimpleri, quam ſi id fiat, quod in conditione comprehenditur, expeditum eſt; verum nec ſufficit materiale factum ejus, quod in conditione comprehenditur, ſed illud præterea requiritur, ut rectè, & juxta juris normam expediatur, ad hoc ut impleta, poteſtativa, mixtave conditio intelligatur. propter teſtatoris judicium, qui, niſi alia ejus voluntas fuerit, quam adſcripſit conditionem, rectè & ſecundum juris formam adimpleri voluiſſe cenſetur. Hinc ſub poteſtativa illa conditione, *ſi titio decem dederit*, hæres inſtitutus, etſi pecuniam titio præſtet, non ideo conditionem adimplet, niſi in Titium pecuniæ dominiom transferat, ut per argumentum ab ſpeciali probat exponendus poſtea textus in *leg. Mævius* 55. *de C. & D.* dandi namque verbum ſui natura dominii tranſlationem importat *leg. ubi autem* 75. §. *ult. de verb. oblig. leg. non videntur* 167. *de reg. jur.* §. *ſic itaque diſcretis* 14. *inſt. de actionibus.* Nec aliter à propria ejus ſignificatione recedendum eſt, quam ſi manifeſtum fuerit, aliud teſtatorem ſenſiſſe ex vulgari regula textus in *leg. non aliter* 69. *in pr. de legatis* 3. Si itaque alienam pecuniam præſtet, cujus transferre dominium non poteſt, *leg. traditio* 20. *in princ. de acquir. rer. dom.* conditionem non implet, niſi ab accipiente bona fide conſumpta, vel propriis nummis commixta pecunia fuerit, quorum alterutro ſubſecuto, impletam revera conditionem non eſſe fateor, cum neutro ex his caſibus inſtitutus hæres in accipientem pecuniæ dominium transtulerit; in primo, quia bona fide facta conſumptio acquirendi dominii modus eſſe non poteſt, quia imò etſi acquiſitum antea eſſet, non poſſet non per conſumptionem amitti: in ſecundo, quia commixtio, quæ dominii acquiſitionem inducit, *leg. ſi alieni* 78. *de ſolut.* quem textum non rectè intelligit Oſſuald. Ad Donell. *lib.* 4. *cap.* 22. *littera A.* proximè, & immediatè non ex inſtituti hæredis, ſed ex accipientis facto proficiſcitur; Pro impleta tamen juris cenſura habendam conditionem crediderim, expreſſus textus in *leg.* 3. §. *ſed etſi* 9. *in fin. de ſtat. liber.* nam ex quo bona fide conſumpta, vel propriis nummis commixta pecunia fuerit, cum jam amplius à veteri domino vindicari non poſſit, perindè quoad accipientem, qui conſumpſit, vel commiſcuit, habetur, ac ſi ab initio propria ejus effecta fuiſſet. ut à

ſimili

Digitized by Google

ſimili probat textus *in leg. rogaſti* 11. §. *ult. l. nam etſi* 13. *in princ.* & §. 1. *l. non omnis* 19. §. 1. *de reb. cred. l. Pater* 81. *de jur. dot. l. quod ſi forte* 14. §. *ult. l. Cajus* 17. *dict. l.* 78. *l. ſi is cui* 94. §. *ſed etſi* 2. *de ſolut.* Junctis quæ pro eorum explicatione, inter ſe parum concordes tradunt Cujacius *lib.* 8. *quæſt. Papin. in dict. l.* 81. *de jur. dot.* & *lib.* 13. *obſerv. cap.* 28. *Donell. in dict. l.* 11. §. *ult, de reb. cred. ex num.* 5. *Antonius Faber in ration. ad textum in leg. ſi a furioſo* 12. *circa fin.* & *in dict. l.* 13. §. 1. *cod. tit. pichard. in princ. inſt. quibus modis recontrah. oblig. num.* 132. *cum* 5. *ſequentib.* Viunius *in* §. *quod ſi frumentum* 28. *inſt. de rer. diu. num.* 2. & *in* §. *nunc admonendi* 2. *inſt. quib. alien. lic. vel non. num.* 2. & 3. ex eadem ratione ſub ea conditione, *ſi tuſculanum fundum titio dederit*, inſtitutus tunc ſolum conditionem adimplet, cum in titium fundi Duminium transfert, cæterum ſi alienum fundum tradiderit, conditionem non implet: niſi poſtea fundus à titio, qui eum mortis cauſa accepit, fuerit uſucaptus, ex quo demum perfectæ uſucapionis tempore, quamvis revera impleta conditio non ſit; quia quæ ex uſucapione Dominii oritur acquiſitio, tota ex legis diſpoſitione profluxit, ut conſtat ex Ulpiano *in fragm. tit.* 19. *de dominiis* §. *uſucapione* 7. & accuratè fundavi, *in academ. de uſucap. cap.* 1. *ex num.* 2. Juris tamen cenſurâ, meo quidem judicio pro impletâ conditio habetur, nam ex quo fundus uſucaptus eſt, cum à veteri Domino, jam amplius vindicari non poſſit: perindè quoad accipientem, qui uſucepit, habetur, ac ſi ab initio ex traditionis tempore in ejus dominium perveniſſet, qui remotè ſaltem ab inſtituto hærede, qui uſucapionis cauſam præſtirit, non à veteri Domino, dominium acquiſiiſſe & cauſam habere cenſetur, *l. ſi alienam* 13. *l. qui alienam* 33. *de mor. cauſ. donat.* Textus ſic intelligendus, *in leg. ſi extraneus* 44. §. 1. *mandati l. qui alienam* 54. *in princ. l. ſi dictum* 56. §. *ſi cum poſſet* 3. *ff. l. ſi obligata* 19. *C. de Evictionibus. l. is qui alienum* 60. *de ſolut.* Quos explicui *in tract. de uſucap. cap.* 5. *num.* 10. Si dicas; non videntur data, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt, *dict. l.* 167. *de reg. jur.* Sed alienus fundus ab hærede traditus accipientis factus traditionis tempore non fuit: ergo nec videtur datus, quamvis ab accipiente poſtea fuerit uſucaptus: ergo conditio, quæ non per materiale traditionis factum, ſed per dominii tranſlationem impletur, alieno fundo tradito, quamvis poſtea uſucapto, pro impleta Juris cenſura non habetur; reſpondeo regulam textus *in dict. l.* 167. Id ſolum habere, quod de præſenti data non videntur, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt, nec negare, quod nova poſtea cauſa ſuperveniente, quæ à traditione ducat originem, data ex poſt facto videntur, quæ traditionis tempore data dici non potuerunt, quia accipientis facta non fuerunt, prout ſentire Petrus Faber videtur *in eo textu circa finem.* Alienus itaque fundus ab inſtituto hærede conditionis implendæ cauſa traditus, qui datus traditionis tempore dici non poteſt, ex quo perfecta fuerit uſucapio, quæ ab inſtituti hæredis traditione originem ducit, datus videtur, & ex tunc juris cenſurâ pro impletâ conditio habetur.

Similiter, & ſub conditione illa, ſi teſtamentum fuerit, (quam regulariter poteſtativam eſſe *ex l. libertus* 20. §. *Si libertinus* 4. *verſiculo, nam ſi id genus de bon. libert. diximus* 1. *cap. num.* 39. *circa fin.*) Hæres inſtitutus ita conditionem adimplet, ſi teſtamentum jure fecerit, alioquin ſi injuſtum ex alicujus ſolemnitatis defectu teſtamentum condiderit, conditionem impleviſſe non intelligitur; nam injuſtum teſtamentum nec teſtamenti quidem nomen meretur, *l.* 1. *qui teſtam. fac. poſſ. l.* 1. *de injuſt. rupt.* §. *ex eo autem* 7. *inſt. quibus modis teſtam. infirm. princ. inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defert. argumento textus in l.* 4. §. *condemnatum* 6. *de re judic.* At ſi civili jure injuſtum, prætorio vero validum teſtamentum ordinavit, veluti ſi ſuum hæredem filium præbuerit *circa dicta* 1. *cap. num.* 44. meo videri conditionem impleviſſe cenſebitur, moveor tum ex eo, quod etſi Paternus juſſus filio circa adeundam hæreditatem præſtitus debeat in ſpecifica forma ſervari *l. ſi quis* 25. §. *ſed utrum* 5. & §. *ſed ſi mandavit* 11. *de acquir. hæred.* Filius tamen adire hæreditatem juſſus prætorio jure agnoſcere bonorum poſſeſſionem non prohibetur, & è converſo juſſus bonorum poſſeſſionem agnoſcere, civili jure poteſt hæreditatem adire *dict. l.* 25. §. *ſed quid ſi mandavit* 7. Similiter ergo quamvis in ſpecifica forma impleri conditio debeat, *l. qui hæredi* 44. *in princ. de C. & D.* Conditio illa *ſi teſtamentum fecerit*, per teſtamentum prætorio jure validum, ex quo ſecundum tabulas bonorum poſſeſſio competat, quamvis injuſtum civili jure ſit, impleta debet intelligi; tum & proprius, nam conditio, *ſi hæres erit*, per bonorum poſſeſſionis agnitionem exiſtit, ut neceſſario colligitur *ex l. in conditionibus* 19. §. *ſi Patronus* 2. *de C. & D.* Juncta regula textus in *leg.* 2. *de bonorum poſſeſſione, l. prætor* 117. *de reg. jur.* Ergo & conditio ſi teſtamentum fecerit, per teſtamentum civili jure injuſtum, ex quo ſecundum tabulas competere bonorum poſſeſſio poſſit, impleta debet intelligi.

Rursùs ex eadem ratione (ut mixtæ conditionis exempla ſubjiciam) ſub ea conditione ſi titium adoptaverit, inſtitutus ita demum conditionem adimplere intelligitur, ſi titium jure adoptaverit, cæterum per adoptionem non jure, veluti apud incompetentem magiſtratum, peractam, conditio non impletur, niſi Principis poſtea reſcripto fuerit adoptio confirmata, circa terminos textus *in leg. adoptio* 38. *de adoptionibus.* Ex quo demum tempore pro impletâ conditio habebitur: nuptiarum pariter conditio, quæ ſimul ac ducta uxor eſt, quamvis nondum in domum mariti venerit, impletur ſtatim *l. cui fuerit* 15. *de C. & D.* Quin contrarium probent textus *in leg. Seia* 66. §. 1. *de donat. inter.* & *in leg. cum in* 1. 6. *C. de don. ant. nupt.* Pro quorum expoſitione videndus D. Retes *lib. ſingul. de donat. inter. cap.* 2. *num.* 1. Per inutiles, aut legibus interdictas nuptias non impletur *l. hæc conditio* 10. *in princ. verſiculo, ſed enim de C. & D.* Ubi docet Ulpianus, quod hæc conditio *cum filia mea nupſerit*, non per omnes conjunctiones, ſeu nuptias adimpleri intelligitur, ſed per eas dumtaxar, quæ jure ſubſiſtunt, injuſtæ namque nuptiæ nec nuptiarum quidem nomen merentur, §. *ſi adverſus ea* 12. *inſt. de nupt.* Ut ecce ſi filia nondum nubilis ætatis fuerit in mariti domum deducta, vel ei nupſerit,

cujus nuptiis interdictum ei ſit, implere conditionem non creditur, cum & caſualis omninò nuptiarum conditio ita demum dicatur exiſtere, ſi nuptiæ juſtæ fuerint ſecundum legum præcepta contractæ, in difficili textu *in leg. ult. de ſtat. liber.* Quem ſic ſubtilis accepit Coſta *in §. ſi arbitratu limit. 10. num.* 6. Cui & conſentire quoad hanc partem videtur *Antonius Ramos lib. 4. ad l. Jul. & Pap. reliq. 27. num.* 14. Illud vero difficillimum eſt, quod *in dict. l.* 10. *in princ. verſiculo an tamen nubendo*, Ulpianus ſubjungit, filiam ſcilicet, quæ inutiles primum nuptias de facto contraxit, ſi quidem parens, idemque teſtator de primo nuptiali ſenſerit jugo, revera conditione defectam intelligi, nec ſi circa leges poſtea nupſerit, poſſe conditioni parere, quamvis benignè nondum impletam conditionem defectam tamen concludat, quaſi dicat conditionem quæ per inutiles nuptias ſtricto jure revera defecerat, benignè pro nondum impleta, id eſt pro adhuc pendenti habendam, & filiam, ſi juxta leges poſtea nupſerit, poſſe conditioni parere, ut ſic opus Cujacii emendatione non ſit *lib. 10. quaſt. Papin. in leg. dotis 68. de jur. dot. & lib. 13. obſerv. cap.* 40. Quam ſine cauſa laudat *Antonius Faber in Papin. tit.* 10. *de nuptiis princ. 5. illat.* 11. Prout Ulpianum melius referendi poſtea interpretes explicarunt, cujus (ut ajebam) difficillima ſententia eſt, nam imò filia, non ideo conditionem defectam, quod inutiles de facto nuptias contraxerit, ſtricto adhuc jure inſpecto, ſeqoentia ſuadent: nuptiarum conditio per inutiles nuptias non quidem impletur, ſed non ideo deficere dici poteſt, conditio nimirum, quæ non impletur, non ideo deficit, duo namque iſta, *impletam conditionem eſſe, & defectam*, non contradictoria, ſed contraria tantum ſunt, inter quæ medium adhuc illud eſt, *nec impletam conditionem eſſe, nec defectam, ſed adhuc pendere*; ergo ſtricto etiam jure filia quæ inutiles primum de facto nuptias contraxit, juſtè poſtea nubens poterit conditioni parere. Rursùs conditio illa, *ſi nupſerit*, non certum aliquod, imò infinitum tempus complectitur, *l. conditionum 91. de C. & D.* Ergo fortiori ratione conditio illa *cum nupſerit*, de qua *in dict. l.* 10. quæ tractum temporis continet ex regula textus *in leg. titio 22. in fin. princ. quando dies leg. ced.* Infinitum etiam tempus complectitur, nec per inutiles nuptias deficit, ſed ubi filia diem ſuum obierit, quo demum tempore certum eſſe incipit, ipſam nubere jam amplius non poſſe, quibus fundamentis ductus Antonius Faber ubi ſupra integram deciſionem textus *in dict. l.* 10. & inceptam penitus, Triboniano potius quam Ulpiano tribuenda arbitratur. Sed & illud magis urget, quod nuptiæ ob nondum nubiles annos, vel ob juris interdictionem, inutiliter de facto contractæ, ætatis, juriſvè impedimento ſublato, firmari aut convaleſcere poſtea poſſunt *l. minorem 4. l. eos qui 65. §. 1. de ritu nupt. l. Filius 28. §. ſi quis 3. de liber. & poſth. l. etſi contra 6. C. de nuptiis*: Ergo nuptiarum conditio per inutiles aut jure interdictas nuptias non deficit, imò adhuc pendet; probatur conſequentia, dotis promiſſio tacitam illam ex natura rei in ſe continet conditionem, ſi nuptiæ ſequantur, *l. plerumque 10. §. ſi antè Matrimonium 4. l. ſtipulationem 21. de jur. dot.* Sed tacita hæc nuptiarum conditio, quæ dotis promiſſioni inhæret, quamvis inutiles, aut jure prohibitæ de facto nuptiæ ſequantur, quamdiu convaleſcere, ſeu confirmari poſſe ſperantur, ſtricto etiam jure attento, non defeciſſe, ſed adhuc pendere intelligitur, expreſſus textus *in leg. quod ſi ſervius 8. de conditione cauſ. dat. & in leg. dotis 68. de jure dotium.* Ergo & expreſſa nuptiarum conditio hæredis inſtitutioni adſcripta, licèt inutiles nuptiæ de facto ſequantur, quamdiu confirmari poſſe ſperantur, ſtricto adhuc jure non defeciſſe, ſed pendere debet intelligi: hoc ipſum denique evincere videtur textus *in leg. penult. quando dies leg.* Ubi legato appoſita illa conditio, *ſi nupſerit*, immaturis & ſic ex ætatis defectu inutilibus ſecutis nuptiis, quando earum confirmationis ſubeſt ſpes, ſtricto adhuc jure non deficere, ſed pendere adhuc dicitur; fruſtra igitur Ulpianus *in dict. l.* 10. Ut per immaturas nuptias non defeciſſe, ſed pendere adhuc nuptiarum conditionem doceret, ad benignitatis aſylum recurrit.

His difficultatibus, quas aut non prævidit, aut diſſimulavit, *Oſſuald. 8. comment. Donell. cap. 53. littera E.* Nec diſſolvit *Coſta in §. ſi arbitratu, ampliatione ult. ex n.22. uſque ad* 28. Qui tamen rectè Ulpiani ſententiam acceperunt, reſpondendum eſt, plurimum intereſſe, an de nuptiali ſimpliciter jugo, an de primo nuptiali jugo parens, idemque teſtator ſenſerit, qui nuptiarum conditionem adſcripſit, & primo caſu per inutiles, aut jure interdictas nuptias ſtricto jure etiam conditionem nec impletam intelligi, nec defectam, ſed in pendenti adhuc eſſe, & filiam ſivè inutiles primum contractæ nuptiæ convaluerint, ſivè his diſſolutis, alii poſtea juſtè nupſerit, utiliter conditionem implere, & ad hæreditatem, vel legatum admitti, in his namque terminis nuptiarum conditio infinitum tempus complectitur, & cum adimpleri tamdiu poſſit, quamdiu filia ſuperſtes erit, per ejus dumtaxat obitum deficit, per inutiles adhuc nuptias nec impleri, nec deficere, ſed adhuc pendere cenſetur, quod ſolum evincunt priora illa duo adverſus Ulpianum *anteriori num.* expenſa fundamenta, quæ Antonium Fabrum immerito deceperunt. Undè ideò per immaturas nuptias ſtricto jure etiam non deficere, ſed pendere adhuc dicitur, quia non ad primas nuptias refertur, ſed infinitum tempus complectitur, ſic enim concepta proponitur quandoque, ſeu quod idem eſt, quandocumque nupſerit, adverbium autem illud tamquam extenſivum, & temporis tractum continens, non ad primas præcisè nuptias reſtringitur, ſed ad validas primas nuptias ex teſtatoris voluntate producitur, quamvis nonnunquam propter veriſimilem teſtatoris voluntatem aliquam reſtrictionem patiatur *l. cum vir. 25. de C. & D.* Secundo vero caſu, ad quem ſine dubio Ulpiani deciſio pertinet in *dict. l.* 10. Ut illa textus verba demonſtrant, *& ſi teſtator de primo nuptiali jugo ſenſit*, per inutiles primum de facto contractas nuptias ſtricto jure ideo conditionem deficere, quia ubi de primo nuptiali jugo teſtator ſenſit, illa conditionis verba *cum nupſerit*, hunc ſenſum reddunt, *ſi cui primum nupſerit, juſtè nupſerit*: Si ergo filia injuſtè primum nupſerit, ſtricto jure defecta conditione intelligitur, nec ſi juſtè aut eidem, aut alteri poſtea nupſerit, utiliter conditionem adimplet, quæ defecta ſemel, nec re aſſumi, nec ſuſcitari

poſtea poteſt ex regula textus *in leg. quidam* 10. *in princ. l. rogo* 21. *de fideicomm. libert.* docent poſt alios *Arias de meſa* 2. *var. cap.* 40. *num.* 17. *cum ſeq.* Qui tamen textus *in dict. l. penult. quando dies non meminit*, *& D. Ramos* 2. *ad l. Jul. cap.* 18. *fere per tot.* & præcipuè *num.* 5. *&* 6. Sed dices: quæ injuſtè nupſit, perindè ac ſi nondum nupſerit, habetur *dict.* §. 12. *inſt. de nuptiis* Sed ex eo ſolum, quod non nupſiſſet, conditione defecta dici non poſſet, etſi maximè de nuptiali primo jugo parens ſenſiſſet; ergo nec ſi injuſtè nupſerit, ſtricto adhuc jure conditione defecta debet intelligi. Reſpondeo quod etſi regulariter, quæ injuſtè nupſerit, perindè ac ſi nondum nupſiſſet habeatur, in præſenti tamen, an filia non nupſerit, an injuſtè nupſerit, ſi ſtrictum jus attendimus; multum refert, quæ nondum nupſerit, conditione defecta intelligitur; quia huic conditioni, *ſi primas nuptias juſtè contraxerit*, (quem ſenſum illa conditionis verba, *ſi nupſerit*, ubi de primis nuptiis teſtator ſenſit, reducere nuper dicebam,) contrarius omninò ille caſus eſt, quo filia priores injuſtè nuptias inierit, qui non poteſt non defectum conditionis inducere. Sed nec magis obſtat, quod nuptiarum conditio, etiam ſi de primis nuptiis teſtator ſenſerit, non certum aliquod ſed infinitum tempus complectitur. ex generali regula textus *in dict. l.* 91. *de C. & D.* Nam licet eatenus infinitum complecti tempus dicatur, quatenus tam vivo quam mortuo teſtatore utiliter adimpletur, circa textum, qui in his terminis expreſſim loquitur *in dict. l.* 91. Junctis quæ dixi *praeced. cap. num.* 1. *&* 5. Non tamen in id infinitum tempus comprehendit, ut ad juſtas quaſcumque nuptias referatur; imò propter præjactam ſtricti juris rationem ad primas præciſè nuptias reſtringitur & per inutiles primas nuptias deficit.

Nec quod inutiles primum de facto contractæ nuptiæ confirmari, aut convaleſcere ſublato im-
5 pedimento poſtea poſſint, & interim quodam modo in pendenti ſint, non defectam imò pendentem adhuc eſſe nuptiarum conditionem evincit; nam quæ circa legum præcepta nuptiæ de facto contrahuntur, injuſtæ ab initio, nec in pendenti ſunt, & impedimento poſtea ſublato, non ex initio, ſed ex ſublati impedimenti tempore juſtæ eſſe cenſentur, tamquam novo utriuſque conjugis conſenſu confirmatæ, diſerti textus *in dict. l.* 65. §. 1. *de rit. nuptiar. dict. l.* 6. *C. de nuptiis.* Ut ad rem conſiderat *D. Ramos dict. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 5. magis profecto urgere videntur textus *in dict. l.* 8. *de conditione cauſ. dat. & in dict. l* 68. *de jur. dot.* In quibus tacita nuptiarum conditio, quæ dotis promiſſioni ineſt, & ad primas nuptias refertur, ut in *dict. l.* 68. Papin. agnoſcit, & probat præterea textus *in l. ſi ſponſalibus* 58. *num.* 6. *in princ. eodem tit.* Inutilibus de facto ſecutis nuptiis, ſtricto etiam jure, non ideo deficere, ſed pendere, & confirmatis poſtea nuptiis exiſtere cum effectu dicitur, verum reſpondet rectè D. Ramos *dict. lib* 2. *cap.* 18. *num.* 6. Quod tacita nuptiarum conditio, quæ dotis inhæret promiſſioni, ad primas quidem nuptias refertur, non tamen ad primas præciſè, ſed ad primas validas, ex ipſius dotis natura, quæ validis nuptiis deſtinatur, quibus ſervire dumtaxat poteſt, *l. ſi ego* 9. *in princ. verſiculo quare de jur. dot.* & idcircò inutilibus de facto ſecutis nuptiis ſtricto jure non deficit, ſed in pendenti adhuc eſt, & confirmatis poſtea nuptiis cum effectu exiſtit, quemadmodum & hæredis inſtitutioni, & legato adſcripta, *ſi nupſerit*, conditio, etſi teſtator de primo nuptiali jugo non ſenſerit, ad primas quidem nuptias refertur, *l. boves* 89. §. 1 *de V. S.* Argumento textus *in leg. cum Pater* 77. §. *Pater* 9. *verſiculo ceterum de legatis* 2. *juncto ibi Cujacio* 8. *reſponſ. Papin.* & tamen quia non ad primas præciſè, ſed ad validas primas nuptias refertur, per inutiles de facto contractas nuptias non deficit, ſed adhuc pendet, & nuptiarum poſtea confirmatione ſecuta utiliter adimpletur, ut à contrario ſenſu colligitur *ex dict. l.* 10. *de C. & D.* At ubi de primo jugo conſtat teſtatorem ſenſiſſe, conditio ſi nupſerit ad primas præciſè nuptias refertur, ut *anteriori num.* dixi & per inutiles primum de facto contractas nuptias adeo ſtricto jure deficit, ut adimpleri, ſeu ſuſcitari utiliter poſtea non poſſit.

Sed dices adhuc, ſi tacita nuptiarum conditio, quæ dotis inhæret promiſſioni, non ad primas præciſè, ſed ad validas primas nuptias referre- 6
tur, inutilibus primum contractis de facto nuptiis, ſi aliæ poſtea fuiſſent ſecundum legum præcepta contractæ, promiſſa dos propter validas primas nuptias exigi cum effectu poſſet; atqui ſi inutiles primum de facto nuptiæ ſequantur, quamvis validæ aliæ poſtea contrahantur, dos exigi ex earum cauſa non poteſt, ut ſatis indicat Papinianus *in dict. l.* 68. *in fin. de jur. dot.* Tacita igitur nuptiarum conditio dotis inhærens promiſſioni, non ad validas primas, ſed ad primas præciſè nuptias refertur, (& tamen inutilibus de facto nuptiis ſecutis non deficit, ſed adhuc pendet,) & eis poſtea confirmatis cum effectu exiſtit, *dict. l.* 68. Ergo etſi maximè conditio, *ſi nupſerit*, ubi teſtatorem ſenſiſſe de primo nuptiali jugo conſtiterit, non ad validas primas, ſed ad primas præciſè nuptias refertur (& tamen inutilibus de facto nuptiis ſecutis non deficit, ſed adhuc pendet) per inutiles primas nuptias non deficit, imò ſtricto jure adhuc pendet, & earum poſtea confirmatione ſecuta utiliter adimpletur. Cui difficultati reſpondendum eſt, non ideo apud Papinianum *in dict. l.* 68. Si inutiles primum nuptiæ de facto ſequantur, quamvis validæ aliæ poſtea contrahantur, promiſſam dotem exigi cum effectu non poſſe, quia tacita nuptiarum conditio ad primas præciſè nuptias refertur, ſed potius quia vel mulier ipſa certæ perſonæ dotem promiſerat, ut illa indicant Papiniani verba, *ſi poſt alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promiſerat*, vel extraneus nupturæ mulieri, certa expreſſa perſona, cui nuberet, dotem promiſerat, quibus caſibus tacita nuptiarum conditio ad validas quidem primas nuptias refertur, & poſt eas exiſtit, ſi quidem cum eo, cui vel promiſſa dos, vel cujus perſona fuerat promiſſionis tempore expreſſa, fuerint contractæ, nec per inutiles primum contractas cum eo de facto nuptias deficit, ſed adhuc pendet, & cum eodem nuptiis poſtea confirmatis cum effectu exiſtit, deficit tamen omninò, ſi validæ primæ nuptiæ cum alio contrahantur, qui exigere dotem non poteſt, cum nec ei fuerit promiſſa, nec ejus perſona promiſſionis tempore expreſſa, nec exiſtere poſtea creditur, ſi poſt validas primas nuptias diſſolutas, ei, cui dos promiſſa, aut cujus perſona fuerat promiſſionis tempore expreſſa mulier nupſerit, cum ad validas primas nuptias referatur, nec validæ primæ nuptiæ dici poſſint,

quas validæ aliæ præceſſerunt, & cum per validas primas eum alio contractus nuptias defecerit, quod hunc certum eſſe incipit, validas primas nuptias, cum eo cui vel promiſſa dos vel cujus perſona promiſſionis tempore fuerat expreſſa, nec contrahi jam amplius poſſe, reſtitui, ſeu ſuſcitari poſtea non poteſt, ut rectè quoad hanc partem docuit Cujacius *dict. lib.* 10. *quæſt. papin. in dict. l.* 68. & ſupponere Autonius Faber videtur in papiniana *dict. tit.* 10. *de nupt. princ.* 5. *illat.* 9. Quod idem ex eadem juris ratione diceudum cenſerem de conditione, *ſi nupſerit*, ſi quidem uon de primis præciſè, ſed de validis primis nuptiis teſtator ſenſiſſet, & certam perſonam, cui mulier nuberet, expreſſiſſet; at ubi teſtator, qui de variis primis nuptiis ſenſit, nulla expreſſa perſoua cui mulier nuberet, indefinitam vagam nuptiarum coudirionem adſcripſit, prout in priori parte textus *in dict. l.* 10. *de C. & D.* Ubi *cum nupſerit* conditio ſine ullius perſonæ, cum filia nuberet, deſignatione adſcripta à pareute eodemque teſtatore proponitur, non ſolum per inutiles primas nuptias illa nuptiarum conditio non deficit, ſed & per validas, vel cum codem, cui injuſtè primum filia nupſerat, vel cum alio poſtea contractas, utiliter adimpletur, quod & de tacita nuptiarum conditione dicerem, quæ dotis iuhæret promiſſioni, ſi abſque ullius perſonæ cui nuberet, expreſſiſſe, mulieri dos iufinitè promiſſa proponeretur, & in his terminis expreſſæ nimirum, vel tacitæ nuptiarum conditionis, quæ non ad ptimas præciſè, ſed ad validas primas nuptias referatur, veriſſimam exiſtimo ſententiam *Petri Barboſa iu privatis ſcholis ad textum in dict. l.* 10. *num.* 4. *&* 6. *quam timide laudat Arias de meſa dict. lib.* 2. *cap.* 40. *num. ult.* & licet congruentem verbis *textus in dict. l.* 10. agnoſcat, idoneam huic rei exponendæ non eſſe arbitratur, *D. Ramos dict. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 2. *&* 3. *qui & num.* 7. Pro explicatione textus *in dict. l.* 68. inter expreſſam & tacitam ouptiarum conditionem falſam & ex dictis facillimè refellendam differentiam couſtituit, cum quorum ſcriptis noſtra qui contulerit, is uoſtram operam nec difficulter quidem aguoſcet.

7 Sed licet uuptiarum conditio, ubi de primis nuptiis parens idemque teſtator ſenſerit, per inutiles primas nuptias ſtricto jure deficiat, ut hactenùs diſputavimus, benignè tamen pro nondum impleta, ideſt, adhuc pendeute, habetur & filia, ſi vel ei, cui primum injuſtè nupſit, vel alteri juſtè poſtea nupſerit, utiliter adimplere condirionem cenſetur, ut *in dict. l.* 10. *de C. & D.* Ulpianus tandem concludit, benignitatis tamen rationem non aſſignat, quam non in ſola Paterni erga filiam affectus præſumptione, ut exiſtimavit Larrea *tom.* 1. *deciſ. gran. deciſ.* 33. *num.* 79. Nec in nupriarum favore, ſed in caducorum, & fiſci potiſſimam excluſione verſari contendir, (cui & nos aliquando ſubſcripſimus *in academ. ad tit. quando dies leg. cap.* 3. *num.* 22.) *D. Ramos dict. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 8. *&* 9. Supponit namque filiam apud Ulpianum, ſuperſtite adhuc parente, eodemque teſtatore injuſtè primum nupſiſſe, quod ex eo colligit, quod initio textus, vivo adhuc teſtatore nupſiſſe filia proponitur, inde infert, quod ſi filiæ facto, per inutiles videlicet nuptias, defecta conditio crederetur, prout in Ulpiani verbis & terminis ſtricti juris rigor ſuadebat, filiæ relictum in caduci cauſa conſtitueretur, & ad fiſcum pertineret, nam conditionis defectus vivo teſtatore contingens; relictum iu caduci cauſa eo ſeculo conſtituebat, *l. unic.* §. *& cum triplici* 2. *verſiculo vel ipſum relictum C. de caducis*: Ut ergo quaſi caducum excluderetur, nec fiſco locus eſſet, quæ revera conditio defecerat, benignitatis prætextu, quo adverſus caducorum odium utebantur ſæpe couſulti, pro nondum impleta, ideſt pro adhuc pendenti habetur. Hæc tameu doctiſſimi viri ſubtilitas diſplicet, nam quod per inutiles à filiâ contractas nuptias, quæ ſtricto jure conditio defecerat, benignè pro nondum impleta habeudum *in dict. l.* 10. Ulpianus decidit, ſivè vivo, ſivè mortuo Patre, eodemque teſtatore inutiles fuerint coutractæ nuptiæ, æquè procedit, ut illud perſuadet, quod initio textus de filia, quæ ſivè vivo, ſivè mortuo pareure nupſerit, tractat, dum docet nuptiarum couditionem quocumque tempore, ideſt, (ſivè mortuo parente) ſivè vivo teſtatore, ſivè mortuo utiliter adimpleri; ſed ubi poſt Patris obitum inutiles filia nuptias contraxit, etſi maximè defecta conditio crederetur, nou eo magis Ulpiani adhuc ſæculo caducum relictum couſtitueretur, aut fiſco locus eſſet, couditionis uamque defectus poſt mortem teſtatoris coutingens caducum relictum non conſtituit, in veriori ſententia quam probat textus io *leg. in teſtamento* 31. *de C. & D.* & defendit *ipſe Ramos lib.* 4. *reliq.* 35. *num.* 13. *&* 14. Non igitur in caducorum & fiſci excluſione beniguitatis, de qua Ulpianus *in dict. l.* 10. ratio verſatur.

8 Dicendum itaque ultra interpretes potius cenſeo, in eo benignitatis rationem, conſiſtere quod etſi de primis expreſſim nuptiis parens ſenſerir, quamvis ſtricti juris rigor illud ſuaderet, ut de primis præciſè, non de validis primis nuptiis ſenſiſſe crederetur, nè alioquin otioſa, & ſupervacua primarum nnptiarum foret expreſſio, cum & ea non adjecta ſimplex nuptiarum conditio referri ad validas primas nuptias deberet, ut *ex dict. l.* 89. §. 1. *de V. S.* dicebam *num.* 5. benigna tamen interpretatione non de primis præciſè, ſed de validis primis nuptiis ſenſiſſe intelligitur, quaſi id ſolum expreſſerit, quod etſi expreſſum non eſſet, ſimplici nuptiarum conditioni tacitè ineſſet, ut ſic & dotis, & mulieris utilitati conſultum amplius ſit, quæ etſi primum injuſtè nupſerit, vel eidem, vel alteri juſtè poſtea nubens utiliter conditionem adimplet: undè infero. Primò quod etſi Ulpianus *in dict. l.* 10. *de de C. & D.* de filia ſignanter loquatur, quia ſuper ea re de facto cooſultus forſan fuerat, idem tamen reſpondiſſet, aut reſpondere ſaltem debuiſſet, ſi extraneæ mulieri eum primarum nuptiarum expreſſione adſcripta nuptiarum conditio proponeretur, eum una eademque ferè benignitatis ratio circa extraneam, & circa filiam eamdem interpretationem conditionis expoſtulet. Secundò infero quod *ſi in dict. l.* 10. de primis præciſè nuptiis expreſſim teſtator ſenſiſſet, per inutiles primum de facto contractas nuptias omnino conditio deficeret, & nec beoignè in pendenti adhuc eſſet, nec utiliter adimpleri poſtea poſſet, quod enim teſtator, qui de primis expreſſim nuptiis ſentit, de primis validis ſenſiſſe, credatur, in ambiguo benigna juris inducit interpretatio, cum enim dubitari juſtè poſſit,

Digitized by Google

an ex eo quod primas expreſſiſſet nuptias, de primis præciſè, an de validis primis nupriis ſenſiſſet, in dubio ſtrictus condirionis ſenſus meliori ſententia lenitur, nec ad primas præciſè nuptias reſtringitur, ſed ad validas primas id ſuadente benignitate, producitur; at in expreſſæ voluntatis terminis, in quibus de primis præciſè nuptiis ſenſiſſe teſtatorem conſtiterit, benignæ huic interpretationi, ſeu conjecturæ locus ſupereſſe non poteſt ex vulgari regula textus, *in leg. ille, aut ille 25. de legatis 3.* Qua ceſſante propter manifeſtam reſtatoris voluntatem nuptiarum condirio ad primas præciſè nuptias reſtringitur, nec ad validas primas tardius peragitur, & per inutiles primas deficit, ut nec ſuſcitari, nec utiliter adimpleri, in poſterum ſperetur. Novam hanc noſtram ſententiam fulcire potius quam infringere *in dict. l.* 10. Ulpianum exiſtimamus, qui ſtricti juris & benignitatis conflictum tunc ſolum agnoſcit, cnm de primis nnptiis expreſſim teſtator ſenſit, nt oſtendunt illa textus verba, *etſi teſtator de primo nuptiali jugo ſenſit*, noſtrum vero caſum, quo de primis præciſè nuptiis expreſsè ſenſiſſe teſtatorem propoiiimus, non diſputat, ſupponens & merito circa expreſſum teſtatoris judicium admitti benignam interpretationem non poſſe.

9 Verum adhuc nuptiarum conditionem quæ ad primas nuptias refertur, per inutiles primum de facto contractas nuptias ita deficere, ut nec benigna interpretatione utiliter adimpleri poſtea poſſit, probare videtur difficilis textus *in leg. Matrimonii 21. qui & à quibus.* Certi juris eſt 25. annis minorem ex lege ælia ſentia manumittere non aliter potuiſſe, quam ſi vindicta apud conſilium juſtam aliquam cauſam manumiſſionis probaſſet, & inter juſtas permittendæ manumiſſionis cauſas illas recipi, ſeu approbare conſueviſſe, ſi ancillam minor Matrimonii cauſa mannmitteret, dummodo ſe eam inter ſex menſium ſpatium uxorem ducturum juraſſet, *l. Alumnos 14. §. 1. & a. l. etiam 15. §. ſi duo 4. l. ſi minor 19. l. ſi rogatus 20. §. Matrimonii a. de manum. vind. §. eadem l. 4. & §. juſta 5. verſic. aut ancillam inſt. quibus ex cauſis manum. non lic. Antonius Faber in papin. tit. 6. princ. 7. illat. 11. cum ſeq.* Nec ex ejuſmodi manumiſſione, quæ tacitam ex natura rei futuri Matrimonii conditionem includit, antè contractum Matrimonium ancillæ competere libertatem potuiſſe. expreſſus textus *in dict. l. 19. de manum. vind.* juncto Fabro *d.illat.13.* quin contrarium probet textus, cnm diverſa longè ſpecies eſt *in leg. non tantum 51. §. ult. de fideicomm. libert.* His breviter præjactis in *dict. l. 21. qui & à quibus.* Pro regula primum tradit Modeſtinus Matrimonii cauſa à nullo alio ancillam poſſe manumitti, quam qui eam uxorem ducturus eſt: hine infert, quod ſi alter Matrimonii cauſa ancillam manumiſerit, alter eam uxorem duxerir, libertas nou competit, (qnamvis ſi 25. annis major ancillam Matrimonii cauſa manumiſerit, aliud obſervetur circa textum *in leg. Matrimonii 51. in princ. de ritu nupt.* quem ſic intelligit, *& cum dict. l. 21.* conciliat eruditiſſimus *D. D. Laurentius Santos de S. Pedro ad lib. 1. regul. Licinii Rufini in dict. leg. 51. num. 7. &* 8.) Quod verum adeo eſſe ex Jnliani ſententia ſubjungit, ut ſi ancillam Matrimonii cauſa manumiſſam & ab alio, qui non manumiſit, uxorem ductam, ab eoque repudiatam intra ſex menſium ſpatium, is, qui manumiſit, uxorem ducat, non eo magis ancillæ libertas competat, rationem ſic præſtat, *quaſi de his nuptiis ſenatus ſenſerit, quæ poſt manumiſſionem, nullis aliis interpoſitis ſecutæ fuerunt*, tunc ſic, quia tacita nuptiarum conditio, quæ huic inhæret manumiſſioni, ad primas nuptias refertur, per inutiles primum de facto contractas in ſervitute nuptias ita deficit, ut ſuſcitari, ſeu reſtitui poſtea non poſſir, nec benigna ſumitur interpretatio, quæ ſtrictum poſſit conditionis ſenſum levigare, cum tamen libertas, & rebus omnibus favorabilia *in leg. libertas 122. de R. J.* & publicam dicatur mereri tutelam argumento textus *in l. ſi quis 53. in fin. princ. de fideicomm. libert.* Ergo fortiori ratione hæredis inſtitutioni, quæ minorem longè favorem meretur, nuptiarum adſcripta conditio, quæ ad primas etiam nuptias refertur, per inutiles primum contractas de facto nuptias *in dict. leg. 10. de C. & D.* deficere ita debet, ut nec benigna interpretatione utiliter adimpleri, poſtea poſſit. Reſpondendum tamen eſt, benignæ illi interpretationi, quæ ot teſtamento nuptiarum adſcripta couditio, ubi de primis nuptiis teſtator ſenſit, per inutiles primas nuprias nou deficiat, & adimpleri poſtea poſſit, induxit in terminis textus *in dict. l. 21. qui & à quibus.* Ideo locum eſſe non poſſe, quia tacita nuptiarum illa condirio, quæ manumiſſioni tacitè ineſt, ad validas quidem primas cum minore, qui manumiſit contractas nuptias, refertur, non tamen ad validas primas quaſcumque nuptias, ſed ad eas dumtaxat, quæ minorem ipſum deceant, & quas honeſtè & ſine rubore contrahere minor poſſit, uti colligitur, non tam ex eo, quod minori Senatorio fulgenti ſanguine ancillam manumittere Matrimonii cauſa non licuit ex ratione textus *in leg. Oratio 16. de ſponſalibus lege Julia 44. in princ. de ritu nupt. cum ſimil.* Junctis qnæ latè, & doctè tradit D. *Ramos lib. 2. ad l. Jul. & Pap. cap. 1. cum pluribus ſequentibus, & præcipuè cap. 33. num* 6. Quo referri vulgò, & rectè illa Juſtiniani verba ſolent, niſi juſta cauſa impediat *in dict. §. 5. inſt. quibus ex cauſ. manum. non lic.* Quam ex eo, quod is ſolum minor permittebatur, ancillam Matrimonii cauſa manumittere, qui non indignè ſortiturus hujuſmodi conditionis foret uxorem *dict. l. 20. §. 2. de manum.vind.* Quem textum quamvis ad minoris ex Senatoris ſanguine orti terminos *Ramos* reſtringat *dict.lib.2.cap.8. n.1.& cap.21 n.2. & cap. 33.n. 6.* ad indignas quamvis validas, quacumque ratione nuptias pertinere, *Albericus* cum judicio contendit; nam ſi propriè, & ſtrictè loquendum ſit, inter Senatorium virum, & libertinam contractæ nnptiæ inutiles ipſo jure non ſunt *dict. l. 16. de ſponſalibus.* Et nullæ potius quam indignæ dicendæ ſunt argumento elegantis ad rem textus, *in leg. ult. in princ. verſicula, ſed rectè de conditione ſine cauſ. junctis ibi: Cujacio lib. 11. quæſt. Papin. &* Retes *a.opuſc. ſect. 2. cap. 9. ex num. 6. quemadmodum & in leg. cum ita 63. §. 1. de C. & D.* indignæ nuptiæ dicuntur, quæ licet validè, non tamen honeſtè, aut ſine rubore juxta civitatis mores contraherentur, ut docet Coſta *in §. ſi arbitratu ampliat. 3. per tot.* Cui & ſubſcribere *Ramos* videtur *lib. 4. reliq. 27. num.* 8. & ex eo præterea convincitur, quod non ex eo luxuria, ſeu deliciis, ſed ex juſ-

tis dumtaxat affectionibus deſcendentes ad permittendam minori manumiſſionem; probari cauſas debuiſſe pro generali regula traditur, *in leg. illud 16. in princ. de manum. vind.* Alteri vero injuſtè primum nuptæ, ab eo corruptæ, & poſt modum repudiatæ ancillæ nuptias uunorem non dicere, aut quod idem eſt, inhoneſtè, nec ſine ingenti rubore contrahendas à minore fuiſſe, quis ambigat, ut quamvis nimia conciſione, Coſta prævidit *in dict. §. ſi arbitratu amplliat. ult. num. 25. circa fin. unde quod in dict. leg. 19. de manum. vind.* prægnantem ancillam à minore Matrimonii cauſa jure manumitti Celſus ſcribit, ſic temperandum, ſeu accipiendum arbitraretur, ſi ex ſe prægnantem minor manumitteret, alioquin quam gravidam alius reddidiſſet, non niſi indignè, & inhoneſtè uxorem ducere minor poteſt, ac proindè nec ex inhoneſta illa cauſa manumittere ex regula textus *in dict. leg. 16. in princ. dict. l. 20. §. 2. eodem tit.* merito ergo Modeſtinus *in dict. leg. 21. qui & a quibus*, tacitam illam nuptiarum conditionem ancillæ manumiſſioni inhærentem per inutiles primas cum alio, qui non manumiſit, de facto contractas nuptias deficere adeo docet, ut nec benigna aliqua interpretatione ſuſcitari poſteà poſſit, cum ex tunc certum eſſe cœperit, honeſtas nuptias, ad quas conditio referebatur, cum minore qui manumiſit, nec contractas eſſe, nec contrahi, jam amplius poſſe. quo ſenſu deciſivam Modeſtini rationem accipio, quaſi dicat ſenatum, hoc ipſo, quod de honeſtis nuptiis ſenſit, de illis dumtaxat ſenſiſſe, quæ nullis aliis interpoſitis pòſt manumiſſionem fuiſſent cum minore contractæ, quia nec aliæ minorem decent, aut ei honeſtæ eſſe poſſent. Si dicas eamdem, imò & majorem honeſtatis rationem verſari *in dict. leg. 10. de C. & D.* Ubi parens, idemque teſtator, qui nuptiarum conditionem adſcripſit, honeſtas filiæ nuptias deſiderare credendus urgentius eſt, & tamen benignam interpretationem admitti per quam inutilibus primis de facto ſecutis nuptiis conditio non deficit, imò in pendenti adhuc eſt, & validis poſtea, quamvis inhoneſtè, contractis nuptiis, cum effectu utiliter adimpletur; illud inter utrumque caſum intereſſe reſpondeo quod *in dict. leg. 21.* Ut honeſtæ minori ſint nuptiæ, deſideratur, nec honeſtæ minori eſſe poſſunt, quam cum ancilla alteri primum injuſtè nupta, & ab eo corrupta, poſtea contraxerit; at *in dict. leg. 10.* honeſtas quidem filiæ nuptias deſiderare parens cenſetur, cæterum, quæ à filia, quæ primum injuſtè nupſit, juſtè poſtea cum alio contrahuntur, inhoneſtæ quidem marito, ſed non inhoneſtæ mulieri ſunt, imò quod inhoneſtiores marito, honeſtiores eo mulieri ſunt argumento textus, *in leg. ſi patrona 13. de rit. nupt.* Quæ etſi inhoneſtè egerit, dum primum injuſtè nupſit, honeſtiſſimè tamen egit, dum validas poſtea nuptias quæſivit, & contraxit. Nihil igitur mirum quod *in dict. leg. 21.* tacita nuptiarum conditio per inutiles primas nuptias ita deficiat, ut nullus benignæ interpretationi locus ſuperſit, & quod *in dict. leg. 10.* teſtamento nuptiarum adſcripta conditio, ubi de primis nuptiis teſtator ſenſerit, per inutiles primas nuptias ſtricto quidem jure deficiat, ſed ex benignitate in pendenti adhuc ſit, & utiliter adimpleri poſtea poſſit.

Quod latè huc uſque jam diximus hæredis 10
inſtitutioni adſcriptam, poteſtativam, mixtamve conditionem adimpleri circa juris normam debere, fallit profectò, ſi alia teſtatoris fuerit voluntas quæ in univerſum conditiones gubernat, *dict. l. 19. in princ. de C. & D.* Hinc ſub ea conditione inſtitutus, quæ adimpleri circa juris normam non poſſit, ſi id materialiter fecerit, quod in conditione comprehenditur, utiliter adimplere conditionem cenſetur; credendum namque eſt teſtatorem, quam juxta juris normam adimpleri non poſſe conditionem ſcivit, materialiter, ſeu de facto ſolum adimpleri voluiſſe. Ad quam juris partem difficilis, quamvis vulgaris textus ſpectat *in leg. Mævius 55. de C. & D.* Ubi is cui fundus ſub ea conditione legatur, (idem ſine dubio in hærede ſub eadem inſtituto conditione procederet) ſi titio qui teſtamenti factionem non habebat, *ducenta dederit*, ſi quidem de facto nummos tradiderit, utiliter conditionem adimplet, quamvis eos accipientis non faciat, dandi quippè conditionem, quam in ejus perſona, cum quo teſtamenti factio non erat, juxta juris normam, quoad dominii ſcilicet tranſlationem adimpleri non poſſe teſtator ſcivit, quoad materiale dumtaxat traditionis factum adimpleri voluiſſe cenſetur, ut explicant *Donell. 8. comment. cap. 33. circa fin. Duaren. ad noſtrum tit. cap. 5. circa fin. Coſta in §. & quid ſi tantum 5. parte num. 14. & cum aliis* Retes 2. *opuſc. ſec. 2. cap. 8. num. 3. & 4.* Hæc tamen Javoleni deciſio ex ſequentibus difficillima redditur, dandi conditio non ſolum ſi ad incapaces ex novis legibus veluti cælibem, aut orbum, verum etſi ad deportatos & peregrinos, qui paſſiva carent teſtamenti factione, referatur in eorum perſonis juxta juris normam, quoad dominii ſcilicet tranſlationem, poteſt adimpleri: ergo qui conditionis adimplendæ cauſa pecuniam ei dare juſſus eſt, qui paſſiva caret teſtamenti factione, quamvis nummos de facto tradiderit, niſi eos de facto accipientis fecerit, utiliter conditionem non implet; antecedens probatur: deportati & peregrini, quamvis capere ex his cauſis non poſſint, quæ ex civili jure proficiſcuntur, & idcirco paſſivam non habent teſtamenti factionem, ex his tamen, quæ ex jure gentium deſcendunt, acquirere dominium non prohibentur *l. ſunt qui 17. §. 1. de pœnis l. deportatus 15. de interdictis & relegatis.* Sed ejus, quod conditionis implendæ cauſa datur, jure gentium accipienti dominium, acquiritur, ut ex eo conſtat, quod non ex teſtamento, ſed ex voluntate dantis, & ſic ex inter vivos donationis cauſa ab eo qui dare juſſus eſt, factæ, quamvis mortis teſtatoris occaſione acquiritur, *l. ſi quis ſub conditione 8. in fin. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. qui pretio 8. l. mortis 31. in princ.* expreſſior textus *in l. inter mortis 38. de mort. cauſ. donat. quod & in dict. l. 55. in fin.* Javolenus agnoſcit, inter vivos autem donatio, quæ à traditione incipit, vel præcipuus acquirendi jure gentium dominii modus eſt *§. per traditionem 40. inſtit. de rer. diviſ.* Ergo hi etiam qui paſſivam teſtamenti factionem non habent, dominium mortis occaſione acquirere non prohibentur, & in eorum perſonis dandi conditio poteſt juxta juris normam adimpleri. Hoc idem eleganti præterea paritate firmatur, quia fideicommiſſa antè Auguſti tempora nullo Juris vincu-

lo, ſed ſolo eorum, qui rogabantur, pudore continebantur, his etiam, qui paſſiva teſtamenti factione carebant, utiliter relinquebantur, ut fideicommiſſorum originem referens expreſè Juſtinianus expreſè teſtatur *in §. 1. inſt. de fideicommiſſ. hered.* Adeo ut & bonitarium rerum, quæ per fideicommiſſum relictæ fuiſſent, dominium ipſis acquireretur, quia non ex teſtamento, ſed ex reſtituentis voluntate, & ſic ex inter vivos donatione, cujus capaces hi etiam ſunt, qui capere ex teſtamento non poſſunt, acquirebatur, ut conſtat ex Ulpiano ad prima fideicommiſſorum cunabula referendo neceſſario *in fragm. tit. 25. de fideicommiſſ. in princ. docent* Petrus Faber 2. *Semeſtr. cap.* 13. *Cujac. ad pandect. in leg. non eſt ambigendum* 12. *de bon. poſſ. circa fin. & cum aliis* Olano *4. paralipom. cap. 11 num.* 13. & 14. Similiter ergo & ejus quod conditionis implendæ cauſa datur, & voluntate dantis, & ſic ex cauſa donationis inter vivos, quamvis mortis occaſione capitur, his etiam, qui paſſiva carent teſtamenti factione, dominium poteſt acquiri, & in eorum perſonis cum effectu translationis dominii dandi conditio debet adimpleri circa Javoleni ſententiam *in dict. leg. 55. de C. & D.*

11 Sed adhuc dandi conditionem in eorum perſonis, cum quibus teſtamenti factio non eſt, adimpleri cum effectu dominii tranſlationis non poſſe ſecurè dicendum eſt; quiſquis enim legatum ex teſtamento capere prohibetur, nec capere mortis, ſeu quod idem eſt, conditionis implendæ cauſa, poteſt, ut pro generali regula tradit Paul. *in leg. omnibus* 9. de *mort. cauſ. donat.* cujus vera ratio ex eo derivatur, quod etſi is, qui mortis cauſa capit, nec legatarius ſit, *dict. l. 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Nec ex eo teſtamento ſed ex voluntate dantis capiat, *dict. l. 38. de mort. cauſ. donat.* Textus ſic intelligendus *in leg. 1. §. item ſi penus 8. & in leg. id autem 76. ad l. falcid. cum ſimil. legibus.* facillimè teſtatores illuderent, ſi in eorum perſonis, quibus ex paſſivæ teſtamenti factionis defectu relinquere legata non poſſunt, dandi conditionem poſſent, cum dominii translationis effectu adimpleri jubere quæratur, quamobrem ex incapacibus ex novis legibus, qui capere nihil ex teſtamento poterant, veluti cælibes, nè fraus & fiſco & legibus ſimul fieret, nec capere mortis cauſa poterant, & quibus certum modum ad capiendum lex præſcripſerat, quales orbi erant, nec ſupra præſcriptum modum mortis cauſa capere permittebatur, expreſſus textus ſic intelligendus *in leg. quod conditionis 36. de mort. cauſ. don. Cujac. 7. obſerv. cap.* 24. Giphanius *in dict. l.* 36. Ramos *dict. lib. 4. reliq. 33. num.* 1. & paſſivæ ſunt teſtamenti factionis expertes, quemadmodum ex teſtamento, ſic nec mortis cauſa capere, aut dominium acquirere permittuntur *dict. l. 55. de C. & D.* Nec quod ex voluntate dantis, & ſic inter vivos donationis cauſa, cujus ſunt deportati, & peregrini capaces, id capiatur, quod conditionis implendæ cauſa datur, quidquam facit, nam etſi fateatur ex ejus inter vivos donationis cauſa, quæ nullam ex teſtamento ducat originem, bonitarium, ſivè naturale dominium deportatos, & peregrinos acquirere quam optimè poſſe ex regula textus *in dict. leg. 17. de pœnis dict. l. 15. de interdictis & relegatis, juncto dict. §. 40. de rer. div.* Ex ejus tamen inter vivos donationis cauſa, quæ remotè ſaltem ex teſtamento ſumpſit exordium, ex mortis teſtatoris occaſione exercetur, nè alioquin fraus legum obſervantiæ obtrudatur, nè bonitarium quidem acquirere dominium poſſe compertum eſt argumento textus *in leg. 2. de interd. & releg.* Profectò autem quod conditionis implendæ cauſa datur, quamvis proximè & immediatè ex voluntate dantis, remotè tamen, & mediatè ex permiſſivo ſaltem, quamvis non diſpoſitivo teſtantis judicio, ejuſque mortis occaſione, capitur, ut probat textus elegans *in leg. quidam 96. §. 1. de legatis 1. juncta regula textus in leg. 1. §. ſciendum 6. de legatis 3. l. ab eo 9. c. de fideicommiſſ.* Alia vero fideicommiſſorum eſt cauſa, quæ licet deportatis relicta, poſtquam fuerunt ad juris neceſſitatem redacta pro non ſcriptis habeantur, ut ex Ulpiano colligitur *in fragm. dict. tit. 25. de fideicommiſſ. §. fide.commiſſa 4. & fundat Retes de de interdictis lib. 3 excurſ. 5. illat. 1. ex num.* 59. & incapacibus ex novis legibus relicta fiſco vindicentur, ut probat textus ſic intelligendus *in leg. & fideicommiſſum 87. de legatis 3. juncto Ramos dict. lib. 4. reliq. 32. num.* 4. eo tamen ſeculo, quo nullo juris vinculo continebantur, & ex ſolo eorum, qui rogabantur, pudore pendebant, deportatis etiam & peregrinis utiliter relinquebatur, qui earum rerum, quas ex fideicommiſſorum cauſa accepiſſent, bonitarium ideo, ſeu naturale dominium acquirebant, quia hujuſmodi acquiſitio non ex teſtamento aut teſtatoris judicio, ſed ex liberali reſtituentis voluntate, & ſic ex inter vivos donatione, cujus acquirendæ ſemper fuere deportati, & peregrini capaces, oricbatur, nec ex eo fraus aliqua legibus dici poterat irrogari, cum reſtituere rogatus, nec præciſa, nec cauſativa aliqua neceſſitate coactus, ſed ex mera liberalitate munifico animo fideicommiſſa reſtitueret; non idem in eo, quod conditionis implendæ cauſa datur, juris eſt, cujus ſi dominium acquirere deportati poſſent, & peregrini, manifeſta ſanè juris diſpoſitioni fraus fieret, nam ſub conditione dandi inſtitutus, aut cui ſub eadem conditione relictum legatum eſt, quamvis non præciſè, cauſativè ſaltem ex teſtantis judicio pecuniam dare compellitur, cum nec aliter hæreditatem, aut legatum poſſit acquirere, quam ſi prius conditionem impleverit, *l. ei qui 13. hoc tit.* Nec aliter conditionem implere, quam ſi pecuniam ei, cui dare à teſtatore juſſus eſt, dederit, nè igitur qui paſſiva carent teſtamenti factione, idem in effectu teſtamenti occaſione emolumentum ſentirent, quod ſentire ex ipſo teſtamento poſſent, ſi paſſivam teſtamenti factionem haberent, quemadmodum ex teſtamento ſic & ejus occaſione, ſeu mortis cauſa capere & dominium acquirere prohibentur, fraudis nimirum evitandæ gratia, cujus nullus metus, quo tempore nondum fuerant ad juris neceſſitatem redacta, in fideicommiſſis deportatis relictis vertebatur.

Verum illud hanc ſolutionem acriter pungit, 12
quod licet fideicommiſſa antè Auguſti tempora redacta ad juris neceſſitatem non fuiſſent, hoc tamen ipſo, quod teſtamenti occaſione à rogato quamvis liberaliter præſtarentur ex eorum cauſa deportatis, & peregrinis acquiri dominium non potuiſſe, & ex eo probari videtur, quod ex novis legibus incapaces, qui ex teſtamento cum effectu acquirere legata, & fideicommiſſa non

non poſſunt *dict. leg.* 87. *ſic circa inſcriptionem intelligenda de legatis* 3. Nec ex mera rogati liberalitare, aut donatione indebita alioquin fideicommiſſa cum effectu capiunt, ideò ſolum, quia teſtamenti occaſione præſtantur: ergo nec ex fideicommiſſorum cauſa, quæ etiam eo tempore, quo nullo juris vinculo continebantur, teſtamenti occaſione præſtabantur, à rogato quamvis liberaliter, dominium acquirere deportati & peregrini potuerunt. Antecedens probatur, qui hæreditatem incapaci ex novis legibus reſtituere rogatus, cum quadrantem ex Peguliani Senatus conſulti beneficio poſſet retinere, ſciens nulla deductione facta, univerſam hæreditatem reſtituit, fideicommiſſum tamquam indebitum, quatenus dodrantem ſuperat, liberaliter omninò, & nulla, ſivè præciſa, ſivè cauſativa neceſſitate coactus, præſtat, ejuſque donationem exercet ex regula textus *in leg. donari* 29. *de donat.* & tamen quia hujuſmodi fideicommiſſum teſtamenti occaſione, quamvis indebitum, quatenus dodrantem excedit, & ab ſciente, & liberali hærede, præſtatur, reſtitutum in legum fraudem cenſetur, nec incapaci cum effectu quæritur, ſed fiſci juribus vindicatur, elegans & ſingularis textus *in leg. ſi poſtulante* 67. §. *ult. ad trebell.* Quem ſic exploſa contraria opinione Joannis Gareia *de tacito fideicommiſſo num.* 12. & 13. *& omiſſo* Petro Barboſa *in leg.* 6. *de vulgari num.* 23. *cum* 2. *ſequentibus*, meriro intellexit Amaya *in l.* 1. *c. de delatoribus lib.* 10. *num.* 24. *cum* 4. *ſequentibus.* Præter eunte Antooio Gomez *in leg.* 9. *tauri num.* 21. Ergo ex novis legibus incapaces, nec ex mera rogati liberalitate, & donatione indebita alioquin fideicommiſſa cum effectu capiunt, quia teſtamenti occaſione præſtantur ac per conſequens nec ex fideicommiſſorum cauſa, quæ tunc etiam, cum nullo juris vinculo continebantur, teſtamenti occaſione à rogato quamvis liberali, & donationem exercenti præſtabantur, dominium acquirere deportati, & peregrini potuerunt; huic difficultati ab interpretibus, quos evolvere licuit, omiſſæ reſpondeo, quod hæres qui hæreditatem reſtituere rogatus, ſcienter quadrante non deducto, univerſam hæreditatem reſtituit, nec quatenus dodrantem fideicommiſſum excedit, ſi propriè loquendum ſit, donationem exercet, expreſſi textus *in l.* 5. § *ſi quis* 20. *rogatus* 15. *de donat. inter. dict. l.* 69. §. 1. *ad trebell. l. Patrem* 19. *cum l. ſeq. quæ in fraud. cred. Paul. lib.* 4. *ſent. tit.* 3. §. *ult. leg.* 1. *c. ad l. falcid.* Nam fideicommiſſum ultra dodrantem naturali jure debetur, & quamvis naturalis hæc obligatio propter Pegaſiani reſiſtentiam effectibus deſtituatur, in veriori ſententia quam probat textus *in dict. leg.* 5. §. 15. *circa fin. de donat. inter. cum ſimil.* & in falcidiæ legis terminis poſt alios tenet Bachov. *de actionibus diſput.* 4. *theſi* 16. Si tamen hæres quarta non deducta univerſum fideicommiſſum reſtituere, & defuncti precibus velit fidum obſequium exhibere, Pegaſiani jam reſiſtentia quieſcente, utpotè quæ adita ſemel hæreditas, tota fuerit in hæredis favorem inducta, effectus ex tunc habere creditur, nec reſtituti fideicommiſſi donationem admitit ex regula textus *in leg. hoc jure* 19. §. *ſi quis ſervo* 4. *de donat.* Quamvis qui ſciens totam hæreditatem reſtituit, pro ea parte quæ dodrantem ſuperat, quatenùs ſpontè effectivam naturelem reddit obligationem, impropriè donationem exercere dicatur *in dict. leg.* 67. §. *ult. ad trebell.* cujus vera deciſiva ratio jam liquet, ideò ſcilicet ab ſciente hærede ſupra dodrantem incapaci reſtitutum fideicommiſſum, etiam quatenus dodrantem excedit, fiſci juribus vindicatur, quia propriè pro ea etiam parte non ex hæredis qui reſtituit, donatione, ſed ex defuncti diſpoſitivo judicio, & naturalis ex teſtamento ſubortæ obligationis cauſa creditur acquiſitum; hæc vero ratio in fideicommiſſis olim ceſſabat, cum nondum fuerant ad juris neceſſitatem redacta, quæ naturalem non magis, quam civilem inducebant obligationem, & ab hærede ſpontè reſtituta ex ejus donatione, non ex defuncti judicio capiebantur, ex quorum cauſa idcircò eo ſeculo Dominium acquirere deportati & peregrini potuerunt; ut ſuadet exemplum fideicommiſſi à Patrono indebita ſibi portione relicto, quod quia nec naturali nec civili jure debetur incapaci reſtitutum, tamquam ex mera Patroni donatione acquiſitum, fiſci juribus non vindicatur argumento textus *in leg. ſi ita fidei* 40. §. 1. *de jur. fiſ.* Rames *dict. lib.* 4. *reliq.* 17. *num.* 20. Melius quam in manuſcriptis *ad l. ſi totam* 83. *de acquir. hæred. num.* 14. *cum* 2. *ſequentibus.*

Habemus jam quod licet, id quod conditio- 13
nis implendæ cauſa datur, ex voluntate dantis, ejuſque inter vivos donatione capiatur, quia tamen ex permiſſivo judicio teſtantis, & cauſativa dantis neceſſitate capitur, ejus dominium his, cum quibus teſtamenti factio non eſt, acquiri non poteſt, *dict. l.* 55. *de C. & D.* & quamvis incapacibus ex novis legibus acquiratur, fiſci juribus vindicatur *dict. l.* 36. *de mort. cauſ. don.* Hinc nec importunè ſane arrepta occaſione quam anxius diu deſideravi, falſam conciliationem exiſtimo, tametſi magno ſcholæ noſtræ plauſu huc uſque receptam, quam inter textus *in leg. ſi is qui duos* 29. *de liberat. l. & in l.* 5. §. 1. *de donat. inter.* tradit Larreaſegui 8. *ſelect. cap.* 4. *num.* 6. & 3. *in dict. leg.* 29. Docet Paulus, quod ſi is qui duos promittendi reos habebat, damnaverit hæredem, ut utrumque liberaret, ſi ex eis alter capere non poſſit, veluti cœlebs ſit, nec Socii ſint, delegare debet is qui nihil capit, ei cui hoc commodum lege competit, ideſt, fiſco, prout juxta textus inſcriptionem, & litteram, Paulum in hac parte rectè interpretantur poſt Balduinum Duarenum, & alios antecesſores, noſtri Larreaſegui, *ubi nuper num.* 1. & 4. Pichard. *in* §. *ſi eadem res* 8. *inſt. de legatis num.* 22. Parreja *in otio quadrimeſtri de lege Papia num.* 28. D. Ildephonſ. Guillem. dela Carrera *in M. S. ad l. unic. c. de caducis num.* 134. *quamvis aliter* Ramos *dict. lib.* 4. *reliq.* 36. *num.* 4. Ut ſic legati commodum, quoad incapacem erat alioquin perventurum, ad fiſcum perveniat, & per fiſci petitionem, eamque ſubſecutam effectivam ſolutionem ex his quæ docet Valentia 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 6. *per tot.* capax alter reus haberetur ex regula *in leg.* 2. *de duobus reis.* Ideo vero per incapacis delegationem, non per acceptilationem capaci factam, negotium expeditur, quia alioquin capace per acceptilationem liberato, in neceſſariam conſequentiam in legum fraudem incapaci quoque liberatio contingeret ex regula textus *in leg. nihil* 12. §. *ult. de inoff. teſtam.* ubi Faber *in ration. l.* 3. §. *nunc de effectu* 3. *de deliberat. leg. l. ſi ex*

pluribus

Digitized by Google

pluribus 16. de acceptilatione. Quod ſi ſocii ſint, per acceptilationem capacem liberandum Paul. decidit, quamvis & incapax per conſequentiam liberetur, id enim contingit, & ſi ſoli capaci fuiſſet liberatio relicta, qui alioquin eum conveniri poſtea judicio ſocietatis poſſet, effectivum legatæ liberationis commodum non ſentiret. *dict. leg. 3. §. 3. verſic. ſed quid ſi ſocii cum. §. ſeq. de liberat. leg.* verum eo etiam caſu, quo ſocii duo rei debendi non fuerunt etiam poſt acceptilationem libetato capace, non ideo incapaci contingere libertatem potuiſſe, & fruſtra Paulnm *in dict. leg.* 29. per incapaeis delegationem expediendum negotium conſtituiſſe probari videtur, *ex dict. leg. 5. §. 1. de don. inter.* ubi ait Ulpianus quod ſi maritus eum duos promittendi reos haberet, Titium videlicet & uxorem donationis gratiæ uxori accepto tulerit, inutilis ita eſt acceptilatio, ut ex reis neutri liberatio contiugat; cæterum ſi Titio accepto tulerit, Titius quidem, tamquam donationis capax, liberatur, uxor autem, quæ donationis à marito factæ capax non eſt, manet obligata, ergo & *in dict. leg.* 19. quamvis legatæ liberationis ratione capax reus per acceptilationem liberaretur, non ideo res alteri, qui capere ex teſtamento non poterat, liberato contingeret.

14 Hos autem textus, ut in concotdiam redigeret Larreategui *dict. lib. 8. cap. 4. num. 7.* reſpondit, ideo *in dict. l. 5. §. 1. de don. inter;* etiam per acceptilationem liberato extraneo, uxotem ejuſdem obligationis ream non liberari, quia uxor eapax à marito facte donationis non eſt; ex contrario verò *in dict. leg. 29. de liber. leg.* ſi capax teus per acceptilationem liberaretur, incapaei etiam alteri reo eontingere libetationem debuiſſe, quia acceptilatio ioter vivos actus, is verò qui ex novis legibus capere ex teſtamento non poteſt, ex actibus inter vivos capere non prohibetur, quod probare potuiſſet, ex textu ſic intelligendo *in leg. cum autem* 23. *§. ult. verſic. item ſi legatum de adil. edict.* juncto Ramos *dict. lib. 4. relig. 32. num. 21. & ex dict. leg. 40. §. 1. de jur. fiſc.* Ne igitur liberato per acceptilationem capace, reus eſt alter qui licet capere ex teſtamento non poſſet, capax acceptionis erat, in legum & fiſci fraudem, in conſequentiam liberatetur, per incapacis delegationem negotinm expediendum merito Paul. reſpondit. Hæc tamen eonciliandi ratio, quam hactenus, ut dicebam, academici noſtri anteceſſores, & profeſſores probarunt, & quæ mihi arridere numquam potuit, deinceps ſuſtinenda non erit, conſtat namque ex ſupra dictis *num.* 11. & 12. eum, qui vel paſſivæ teſtamenti factionis eſt expers, veluti deportatus, vel ex teſtamento capere cum effectu non poteſt, veluti cælebs, nec ex eo quidem inter vivos actus, qui ex teſtamento ducat otiginem, & ex cauſativa ſaltem neceſſitate, ex teſtatoris quamvis permiſſivo ſolum jodicio deſcendenti ab hærede exerceatur, aut dominium quærere, aut capere eum effectu poſſe *dict. leg. 55. de C. & D. dict. leg. 67. §. ult. ad Trebell. dict. leg. 9. dict. leg. 36. de mort. cauſ. don.* quamvis igitur acceptilatio inter vivos actus ſit, cum tamen *in dict. leg. 29. de liber. leg.* ex teſtamento ducat originem, & ex præciſa neceſſitate legatæ liberationis ratione ab hærede peragatur, ex ejus cauſa, qui capere ex teſtamento cum effectu non potuit, nec effectivum debuit commodum liberationis ſentire. Hoc ipſum ſic explicatur: ſtipulatio ſine dubio inter vivos actus eſt, & tamen ex legati cauſa interpoſita ſapit legati naturam, & ejus induit qualitates. *leg. 1. §. ſi quis ſub conditione 14. ut legator.* Quem textum expoſui *in academ. ad tit. quando dies leg. cap. 3. num.* 8. ergo & acceptilatio quamvis inter vivos actus ſit, ab hærede tamen ratione legatæ liberationis peracta, legatæ ſapiet liberationis naturam, ejuſque induet qualitates, ac proinde, qui cum effectu ex teſtamento capere liberationis, ut & aliud quodlibet legatum non poſſet, nec per acceptilationem expediendæ relictæ liberationis gratiæ; ab hærede peractam, effectivum debuit commodum liberationis ſentire.

Quamobrem, ut veriſſimam aliam, quam excogitavi, inter præfata jura conciliationem aſſignem, ſuppono quod incapaci ex novis legibus relictum legatum, & in ejus perſona conſiſtit, & ei acquiritur, quamvis ſi intra centum dies cretionis legibus non paruerit, fiſci juribus, tamquam caducum vindicetur, Ulpianus *in fragm. tit. 17. de caducis.* textus ſic intelligendus *in leg. ſi ſervus ejus 82. de acquir. hæred.* junctis quæ dixi 1. *cap. num.* 15. Hinc ſi incapaci, eidemque debitori fuiſſet liberationis legatum relictum, nec legatarius intra præfixum terminum legibus obtemperaſſet, quonam modo legatum commodum foret fiſci juribus vindicandum dubitari juſtè potuit; legata cætera, quamvis incapaci, ſemel quæſita à fiſco poſtea tamquam caduca vindicantur; at liberationis legatum ſi ſemel incapaci acquiratur, à fiſco poſtea vindicari non poſſe videtur, is namque, cui liberatio relinquitur, tunc legatum acquirit, cum ab hærede per acceptilationem liberatur *dict. leg. 3. §. 3. de liber. leg.* profecto autem ſi is qui capere cum effectu ex teſtamento non poteſt, & cui relicta liberatio fuiſſet, ab hærede per acceptilationem ſemel liberaretur, nullum legatæ liberationis commodum fiſcus vindicare poſtea poſſet, cum nec extincta ſemel per acceptilationem obligatio, ſuſcitari poſtea poſſit, ex vulgari regula textus *in leg. inter ſtipulantem 83. §. Sacram. 5. verſiculo nec revocatur de V. O.* Communiter noſtri veſpertini, nec obligatione ſublata ullum ſuperſit emolumentum, quod vindicari poſtea poſſit; ne tamen fraus, & fiſco, & legibus fieret, ita expediendum negotium fuit receptum; ut liberationis legatum in incapacis quidem perſona conſiſteret, ne tamen hæres incapacem per acceptilationem liberaret, qui ſicuti capere quodlibet aliud legatum cum effectu non poterat, ſic nec legati liberationis ratione debuit per acceptilationem liberari, ne alioquin effectivum pleniſſimumque commodum legati ſentiret, quod in liberatione per acceptilationem facta conſiſtit *dict. leg. 3. §. 3. de liberatione leg.* Sed imò incapacem, ſi legibus non paruiſſet, fiſco delegaret, ut innuit. Paul. *in dict. leg. 29. eod.* qui eleganter, (quod interpretes non obſervant) non legatum ipſum liberationis, ſed ejus commodum ſcribit ad fiſcum pervenire, quo etiam loquendi modo in liberationis incapaci relictæ terminis utitur Terentius Clemens in textu *in leg. ſi id quod* 21. *§. ult. eodem tit.* quem ad rem aliam explicat, & noviter induxi *ad tit. quando dies leg. dict. cap.* 3. *num.* 15. nec enim fiſcus, qui debitor teſtatoris non erat, per acceptilationem poterat libe-

rari, legati tamen commodum ſentit, quatenus à delegato incapace debirum exigit, cujus, ſi capax ipſe fuiſſet, ex teſtamento liberationem ſenſiſſet, Si dicas, opus incapacis delegatione non fuiſſe, ad hoc ut ei relictæ liberationis commodum fiſcus ſentiret, poſſet namque hæres contra incapacem hæreditariam actionem fiſco cedere, argumento textus *in leg. ſi ſic legatum* 75. §. *quod ſi* 2. *de legatis* 1. *cum ſimil.* Qui ceſſa actione adverſus incapacem conſiſteret doli mali exceptione foret ſubmovendus, qua & ſubmoveretur hæres, ſi ab incapaci eodem qui legatario debitum exigeret, *leg. ſi non ſortem* 26. §. *adeo*, 7. *in fin. de conditione indeb. dict. leg.* 3 §. 3. *de liber. leg. L. nihil intereſt.* 50. §. *ult. de bon. libert. leg. dolo* 8. §. 1. *de doli mali exceptione.* Quippe cum ceſſionarius utatur jure & actionibus cedentis, *leg. emptor* 5. *C. de hæred. vel act. vend.* Exceptiones quæ obſtarent cedenti, obſtant ejus ceſſionario, ut probat textus ſic intelligendus, *in leg. de illo* 23. *in pr. pro ſoc.* o juncto Gonzalez ad text. *in cap.* Oduardus 3. *de ſolut. num.* 10. & latè docet cum pluribus, tum theoricis, tum practicis Olea *de ceſſione jur. tit.* 6. *quæſt.* 11. *per tot. & præcipuè num.* 55. Delegatione autem facta doli mali exceptionem timere fiſcum non potuiſſe, qui non hæredis, ſed proprio nomine, nec hæreditaria, ſed propria ex ſtipulatu actione ex delegatione quæſita adverſus incapacem conſiſtebat, qua ratione conſtat doli exceptionem, quæ poſſit opponi, delegati, in ejus perſona ceſſare, cui quis delegatus eſt *leg. qui ad* 33. §. *ult. de donat. leg. Neſennius* 41. *de re judic. leg. ſi quis delegaverit* 12. *leg. doli exceptio* 19. *de novation.*

16 Ex quibus intelligo Paulum *in dict. leg.* 29. *de liber. leg* qui capacem reum ab hærede per acceptilationem non liberandum, ne alioquin & incapaci alteri reo in legum & fiſci fraudem liberatio contingeret, merito docuit, alter enim, qui capere eum effectu ex teſtamento non poterat, legatum tamen acquirere non prohibeatur, quamvis poſtea fiſco foret vindicandum ut ſupra dixi, ac per conſequens, & capace per acceptilationem liberato, liberationem ſentire legibus non vetabatur; ſed tamen quia ſi uterque ſemel liberaretur, ſero jam fiſcus legati commodum ambiret, nec capax quidem per acceptilationem liberatur, ſed fiſco qui capere non poteſt, delegatur, ut ſic nec leges fraudentur, nec legati commodum fiſcus amittat, & capax alter reus liberetur, at *in dict. leg.* 5. §. 1. *de donat. inter.* Ideo extraneo per acceptationem liberato acceptum ferentis uxor ejuſdem obligationis rea non liberatur, quia à merito factæ donationis capax adeo non eſt, ut nec initialis donationis conſiſtentia in ea radicetur, nec ei ex donationis cauſa quidquam acquiritur, regula verò quæ habet, uno ex reis per acceptilationem liberato, alteri etiam reo liberationem contingere *dict. leg.* 16. *de acceptilat. cum ſimil.* Accipienda ita eſt, ſi reus alter, cui accepto latum non eſt, poſſit per acceptilationem à creditore per actam liberari. Unde infero, quod ſi in *dict. leg.* 29. ex reis alter paſſivæ teſtamenti factionis expers, veluti deportatus eſſet, capax reus per acceptilationem ſine dubio liberaretur, nec ideo deportato alteri reo liberatio contingeret, in cujus perſona ex teſtamenti factionis defectu conſiſtere liberationis legatum non potuit, & qui ejus liberationis, quæ per acceptilationem contingit, capax non eſt, cum acceptilatio ex civili jure deſcendat; & ſolemnis legitimuſque actus ſit, *leg. penult. de ſolut. leg. actus* 77. *de R. J. leg. ult. C. de revoc. his quæ in fraud. cred.* Quibus nec reſiſtit vulgaris textus *in leg. an inutilis.* 8. §. *ult. de acceptilatione.* Quem poſt alios interpretatur rectè Valentia 2. *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 1. *ex num.* 36. quem immerito reprehendit in hac re fere delirans Oroz. 2. *de apicibus cap.* 2. *ex num.* 9. Sed nec ope exceptionis deportatus reus liberaretur, quod enim vulgo dicitur, & verum eſt, inutilem acceptilationem in vim pacti de non petendo defendi *leg. ſi unus* 27. §. *penult. de pactis*, ita obtinet, ſi ea acceptum ferentis voluntas fuerit, *dict. leg.* 8. *in pr. de acceptilatione.* junctis quæ dixi *in academ. de pact. liberat. cap.* 1. *num.* 9. hæres autem dum capaci reo acceptum fert, non ideo deportatum alterum reum intendit liberare, & præterea cum deportato acceptum non tulerit, nec cum eo tacitè adhuc pactus debet de non petendo cenſeri, cum nullum ſit pactum, quod duorum conſenſum, aut voluntatem non habeat ex vulgari regula textus in leg. 1. §. & eſt pactio 2. cum ſeq. de pact.

Sed adhuc (ut poſt utilem, nec importunam digreſſionem ad rectam jam viam redeamus) Javolini deciſioni *in dict. leg.* 55. *de C. & D.* opponi ſine pace videtur difficilis, nec ad rem animadverſus textus *in leg. Paul.* 3. *de rebus dubiis.* Ubi id, quod conditionis implendæ cauſa datur, & certis, & incertis perſonis ſine dubio dari debere, ut fideicommiſſi petitio poſſit competere, Paulus reſpondit, quod ex eo difficillimum eſt, quod cum hi dumtaxat poſſint conditionis implendæ cauſa capere, cum quibus teſtamenti factio eſt, ſeu quibus legata relinqui jure poſſunt *dict. leg.* 9. *de mort. cauſ. don.* incértæ penes animum, & opinionem teſtatóris perſonæ, cum quibus antè Juſtinianum teſtamenti factio non erat, aut quibus legata jure relinqui non poterant, *leg. quoties* 9. §. *hæres* 9. *de hæred. inſt. l. ſciendum.* 70. *de U. S.* Ulpianus *in fragm. tit.* 22. *qui hæredes inſtitui poſſ.* §. *incerta* 3. & *tit.* 24. *de legatis.* §. *incerta* 17. Paul. *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. *de legatis.* §. *legatum* 12. Juſtinianus *in* §. *incertis* 25. *cum ſeq. inſt. de legatis.* Quos jam diu ſpeciali obſervatione illuſtravi, nec adimplendæ utique conditionis cauſa eo ſæculo dominium acquirere potuiſſe videntur, aut ſi potuerunt, prout indubitatè *in dict. leg.* 3. Paulus reſpondit utique & deportati, quamvis paſſiva careant teſtamenti factione, nec acquirere legata poſſint, dominium acquirere conditionis implendæ cauſa poterunt, nec in eorum perſonis dandi in teſtamento adſcripta conditio per materiale traditionis factum, ſed per effectivam dominii tranſlationem impleta debet intelligi circa textum *in dict. leg.* 55. *de C. & D.* nec dicat aliquis Paulum dixiſſe, ſeu non aſſerere *in dict. leg.* 3. incertas perſonas adimplendæ conditionis cauſa acquirere dominium poſſe, ſed ſolum eum, cui ſub illa conditione ſi incertæ perſonæ pecuniam dederit, relictum fideicommiſſum eſt, illud petere non prius poſſe, quam perſonæ certificatione ſecuta conditionem im-

pleverit, non quidem per dominii tranſlatinnem, ſed per materiale traditionis factum argumento textus *in dict. leg.* 55. prnur ſentire Coſta videtur *in §. & quid ſi tantum 5. parte num.* 19. *&* Retes *dict. lib.* 2. *ſelect.* 2. *cap.* 8. *num.* 3. Nam evaſionem hanc ipſa textus littera reſpuit, ubi dari debere, quæ verba effectiva dominii tranſlationem expoſcunr, ur *ex dict. leg.* 75. *§. ult. de V. O.* cum aliis dicebam *num.* 1. ſed nec melius Cujacius qui nec difficulratem agnovir, ad *pandect. in leg.* 4. *&* 5. *de rebus dubiie.* ſpeciem textus *in dict. leg.* 3. *§. ſi ſub conditione* 8. *de fidei comm. libert. leg. ita liber* 8. *in pr. leg. Labeo* 21. *in fin. princ. leg. qni pecuniam* 22. *in princ. de ſtat. liber.* in quibus ſi libertas (idem in legato obtinet ſub eadem conditione relicto) ſub ea indefiuita fuerit conditione relicta, *ſi decem ſervus dederit*; Nec cui decem ſinr danda, perſonam teſtator expreſſerir, ſi ſervus hæredi dederit, libertatem nanciſcitur; nam in hujuſmodi caſu non in incertam, ſed in hæredis perſonam teſtator dandi conditionem confert, quam cum incommodi compenſandi cauſa, quod hæredi propter legatum, aut libertatem irrogatur, adjecerit, ſatis in hæredis perſona adimpleri vnluiſſe indicavit, ut cum judicio Donell *ſub lib.* 8. *comment. in dict. leg.* 4. Quod conditionis implendæ cauſa datur, incertis non minus, quam certis perſonis dari debere deciditur. Sarmiento *lib.* 2. *ſelect. cap.* 3. *num.* 2. *&* 3. explicat textum *in dict. leg.* 3. *de rebus dubiie,* verum præſentem difficultatem non agguoſcit.

18 In re itaque verè difficili, & ab ſcriptoribus prætermiſſa dicendum 1°. exiſtimabam, regulam illam, qoæ habet eos dumtaxat conditionis implendæ cauſa acquirere dominium poſſe, quibus & jure relinqui legata poſſunr, *dict. leg.* 9. *de mort. cauſ. don.* ita procedere, ſi unum idemque juris impedimentum circa mortis cauſa capionem, ac circa legatum verſetur, pnut *in dict. leg.* 55. *de C. & D.* junctis quæ dixi *num.* 11. Ceſſare verò quoties diverſa juris ratio inter mortis cauſa capionem, & legatum juris diverſitatem inducit, prout in incertis perſonis contingere credo, quibus relicta ante juſtinianum fuerunr, ex juſtæ affectionis defectu, quæ conſiderari ex parte teſtatoris erga incertas penes ſuam opinionem perſonas non poterat, ut docuit Jnannes Faber *in dict. §.* 25. *inſt. de legatis.* quamvis aliter, nec rectè Vinnius, *in dict. §.* 25. Olano *lib.* 2. *elector. jur. cap.* 1. *num.* 17. Oroz. 1. *de apicibus cap.* 7. *num.* 27. *cum ſeq.* Hæc verò ratio in mortis cauſa capione non militabat, teſtator namque ei, in cujus perſonam dandi conditionem confert, de ſuo nihil largitur *dict. leg.* 38. *de mort. cauſ. don.* Nec juſta idcirco ejus affectio requirebatur qui ſicuti poterat ſub conditione, ex incertæ perſonæ facto pendente, hæreditatem vel legatum relinquere argumento ſingularis & ignoti ad rem textus *in leg. à Titio* 108. *de V. O.* ſic & in incertam penes ſuam opinionem perſonam dandi conditionem conferre, & ſi quidem certificatione poſtea ſecuta talis perſona ſit, cui dominium ex teſtamento poſſit acquiri, & ejus utique, quod conditionis adimplendæ cauſa acceperit, dominium acquiret, cum nec teſtamenti, nec impletæ conditionis tempore inſpecto aliqua juris ratio dominii acquiſitionem impediat. 20. Et forſan melius reſpondeo, quod paſſiva ejus teſtamenti factio, in cujus perſnna dandi conditio debet adimpleri, quæ ad dominii acquiſitinnem requiritur, non teſtamenti ſed implendæ conditionis tempore ſpectatur, quippe cum mortis cauſa capio, nec legatum ſit, nec fideicommiſſum *dict. leg.* 8 *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. dict. leg.* 31. *in pr de mort. cauſ. don.* ubi Paul. ſic ait. *Omnibus mortis cauſa capere permititur, qui ſcilicet & legata accipere poſſunt.* Noto non dixiſſe Paulum eos capere mortis causâ poſſe quibus & relinqui legata poſſunt, ſed illis capere mortis cauſa permitti, qui & accipere legata poſſunt; ergo ex ejus parte, qui capturus mnrtis cauſa pecuniam eſt, ad dominii acquiſitionem, nnn teſtamenti ſed implendæ conditinnis tempore paſſivam teſtamenti factinnem deſiderat, cnnſequentiam probo: Paulus non de teſtamenti, ſed de implendæ conditionis tempore loquitur, ut oſtendit verbum illud *capere* quod effectivam dominii acquiſitionem ſignificat, *leg. aliud* 71. *in pr. de V. S.* quam nnn de teſtamenti ſed adimpletæ conditionis tempore contingere nntum eſt, nec de relinquendi, ſed de accipiendi legati tempore tractat, ut conſtat ex illis verbis, *legata accipere poſſunt*, & ſi enim non me latear, nonnumquam ſic Conſultos loqui, ut eum accipere dicanr, legatum, cui relinquitur, id tameu abuſivè ſolum, & impropriè dici nemo negabit, cum vere & propriè legatnm tum demum accipiatur, cum acquiritur; ergo ex ejus parte, qui capturus pecuniam mortis cauſa eſt, ad dominii acquiſitionem non teſtamenti ſed implendæ conditinuis tempore paſſivam teſtamenti factionem expoſcit. Hinc quamvis incerta perſona, in qua dandi conditionem teſtator conrulerat, teſtamenti tempore paſſiva teſtamenti factione careret, ſi tamen certificatione poſtea ſecuta ea perſona ſit, quæ paſſivam habear teſtamenti factionem, dominium mortis cauſa acquirere non prohibetur, cum incertitudinis vitium, quod teſtamenti tempore paſſivæ teſtamenti factionis defectum inducebat, adimplendæ conditionis tempore ſublatum jam ſit, utpotè quæ non niſi poſt perſnnæ certificationem adimpleri per rerum naturam poteſt, & Paulum id ſibi velle *in dict. leg.* 3. præter verbum illud *dari*, quod anreriori num. adverſus Coſtam expendi, & illnd ſuadet, quod incertis æquè, ac certis perſnnis dari debere, quod conditionis implendæ cauſa datur, decidit, ſed certis perſonis paſſivam teſtamenti factionem habentibus mortis cauſa dominium acquiritur: ergo & incertis, ſi tales ſint, quæ certificatione ſecuta implendæ conditionis tempore paſſiva gaudeant teſtamenti factione. Ex quibus infero quod ſi in *dict. leg.* 55. *de C. & D.* teſtamenti tempore deportatus, in cujus perſonam dandi conditionem teſtator contulerar, adimplendæ conditionis tempore in priſtinum ſtatum à Principe reſtitutus jam eſſet, mortis cauſa dominium acquireret, tamquam paſſiva jam teſtamenti factione adimplendæ conditionis tempore gaudens, quam non teſtamenti ſed impletæ conditionis tempore deſiderari jam dixi, & in ſumma dandi conditio in quemcumque paſſivæ etiam teſtamenti factionis expertem ab initio rectè confertur, qui vel dominium acquiret ſi implendæ conditionis tempore paſ-

ſivam fuerit teſtamenti ſactionem ſortitus, vel de facto ſolum pecuniam accipiet, ſi in eadem adhuc cauſa permanſerit, circa textum ſic intelligendum in *dict. leg.* 55. pro cujus quoad quæſtiones alias intelligentia, quæ inſpectionis noſtræ non ſunt adeundi Coſta *in* §. *& quid ſi tantum. dict.* 5. *parte ex num.* 15. *uſquè ad num.* 21. & cum pluribus *Retes dict. lib.* 2. *opuſc. ſelect.* 2. *cap.* 8. *num.* 4. *cum* 2. *ſequentibus* quorum doctrina pro conciliatione textus *in dict. leg.* 55. *verſiculo quod enim intereſt cum leg. quidam* 27. *hoc tit.* poſſet eleganter illuſtrari ex *leg. hæres* 15. *de legatis* 3. *leg. quæcumque* 58. *de acquir. rer. dom.* cum aliis juribus, quæ accuratè jam explicui *in academ. ad tit. de acquir. poſſ. cap.* 4. *num.* 5.

19 Aliud etiam poteſtativæ condirionis exemplum, quæ, cum adimpleri de jure non poſſit, de facto utiliter adimpletur, extat *in leg. mulier* 20 §. 1. *hoc tit.* ubi ſub illa conditione *ſi hæreditarium ſervum manumiſerit*, inſtitutus quia ex dominii defectu quod antè hæreditatis aditionem non acquirit, *leg. cum hæredes* 23. *de acquir. poſſ.* manumittere de jure hæreditarium ſervum non poteſt, ſi eum de facto, & ſic inutiliter manumiſerit adimplere conditionem cenſetur, ut explicant poſt antiquiores Cujac. *lib.* 27 *quæſt. Papin. in leg. cum ſervus extero* 54. §. 1. *mandati.* Duarenus *ad noſtrum tit. cap.* 5. *circa fin.* Bellonus *de jur. accreſc. cap.* 7. *quæſt.* 16. *num.* 267. *Retes dict. lib.* 2. *opuſc. ſelect.* 2. *cap.* 8. *num.* 1. *&* 2. *ubi conciliat textum in dict. leg.* 20. §. 1. *cum leg. ſi liber homo* 5. *de conditione cauſ. dat. & lib.* 5. *cap.* 6. *num.* 20. alia præterea conditionum exempla, quæ quia adimpleri, vel exiſtere de jure non poſſunt, de facto utiliter exiſtunt, aut adimplentur, ſuppeditant perſpicui textus qui noſtra explicatione non egent *in leg. hæredibus* 77. §. 1. *ad Trebell. & in leg. ſervum* 36. *de manum. teſtam. leg. ſtrictus* 24. *leg. penult.* §. 1. *de ſtat. lib.* videndi Duarenus *ad noſtrum tit dict. cap.* 5. *circa fin. &* Retes *ſub lib.* 4. *opuſc. ad not. Claud. in dict. leg.* 77. §. 1. *his tamen* omnibus obſiſtere videntur textus *in leg. ſi fundus* 13. *C. & D. leg. qui filium* 22. *in pr. verſiculo nam quod alioquin de manum. teſtam. leg. ſervus* 68. *de ſolut.* in quibus is, cui legatum, aut libertas (idem indubitate foret de hæredis inſtirurione dicendum) ſub ea conditione relinquitur, *ſi furioſo, aut pupillo decem dederit*, ſi quidem furioſo, aut pupillo dederit, condirionem non implet, ſi vero tutori, vel curatori dederit, dicitur conditionem implere. Tunc ſic qui hujuſmodi condirionem teſtator adſcripſit, ſcivit ſanè furioſum ex animi defectu acquirere dominium non poſſe, & pupillo ſine tutoris authoritate propter ætatis imbecillitatem non ſine ingenti diſſipationis periculo dominium acquiri, & ſic dandi conditionem in furioſi, vel pupilli perſona omnino adimplere juxta juris formam oon poſſe, & tamen dandi conditio in tutoris, vel curatoris ſolum perſona debet juxta juris formam adimpleri. Ergo & conditio, quæ de jure adimpleri non poſſe teſtator ſcivit, de jure ſolum, non etiam de facto utiliter adimpletur, ſed & ex ſequentibus difficillimi ſuperioris textus redduntur, 1o. conditio illa, ſi pupillo ſervierit, libertati adſcripta, quia in facto conſiſtit, in pupilli perſona citra tutoris interventum utiliter adimpletur, *dict. leg.* 68. *de ſolut.* Sed dandi conditio in facto non minus conſiſtere dicitur *in leg. qui hæredi* 44. *in princ. & in dict. leg.* 55. *de C. & D.* Ergo & in pupilli perſonna citra tutoris authoritatem poterit adimpleri. 2o. Pupillo ſolutionis gratia ſtipulationi adjecto rectè ſine tutoris authoritate ſolvitur, *leg. ſi ſtipulatus* 11. *de ſolut.* Quia adjectio ſolutionis gratia merum in ſe factum continet, *leg. ſtipulatus* 9. *eodem tit.* ergo & dandi conditio, tanquam in facto conſiſtens in pupilli perſona citra tutoris interventum utiliter adimpletur. Probatur conſequentia, in ejus perſona, cui ſolutionis gratia ſtipulationi adjecto jure ſolvitur, dandi etiam conditio utiliter adimpletur. *dict. leg.* 44. *de C. & D.* ergo in pupilli perſona, cui ſolutionis gratia ſtipulationi adjecto etiam ſine tutore jure ſolvitur *dict. leg.* 11. *de ſolut.* dandi conditio citra tutoris interventum poterit adimpleri. 3o. Dandi conditio perſonam in teſtamento deſignatam non egreditur, *dict. leg.* 44. *de C. & D.* ergo in pupilli furioſivè perſonam collata adimpleri in tutoris, vel curatoris perſona non poteſt. Patet conſequentia, nam quia hæreditatis aditio inſtituti hæredis perſonam non egreditur, *leg. per procuratorem* 90. *de acquir hæred.* Si quidem pupillus ab extraneo hæres inſtitutus ſit, ipſe ſolum tutore authore, non etiam tutor adire hæreditatem permittitur, *leg. pupillus* 9. *eodem tit.* ergo & dandi conditio, quæ deſtinatam in teſtamento perſonam non egreditur, pupilli furioſivè perſonam collata adimpleri in tutoris, aut curatoris perſona non poteſt. 4o. & ultimo ſi conditionis implendæ cauſa pupillo vel furioſo dare juſſus tutori aut curatori pecuniam dederit, tum demum adimplere conditionem cenſetur, cum in rem pupilli, vel furioſi verſa pecunia fuerit, ut dicere Papinianus videtur *in leg. Stichum.* 95. §. *nam ſi furioſi* 7. *de ſolut.* ergo dandi conditio, in pupilli furioſivè perſonam collata in tutoris, aut curatoris perſona utilitet non impletur, alioquin per dationem tutori vel curatori facfactam ſtatim impleri diceretur, nec quod in pupilli furioſivè rem pecunia verteretur, expectaretur, cum ex quo, verſa pecunia in rem pupilli, ſurioſivè fuerit, in pupilli potius, aut furioſi, quam in tutoris, vel curatoris perſona adimpleta conditio juris cenſura credatur.

Principali difficultati adverſus præjactam doctrinam de conditione quæ adimpleri juxta 20
juris formam non poteſt, de facto utiliter adimplenda, ſuprà expenſæ, reſpondent optimè Donell. 8. *comment. cap.* 33. *&* Cheſius. 2. *interp. cap.* 19. *num.* 8. *&* 9. pupillo furioſovè dandi adſcriptam teſtamenti conditionem, nec in pupilli ſine tutoris interventu, nec in furioſi perſona utiliter adimpleri propter teſtantis voluntatem, qui dum conditionis implendæ cauſa pupillo, furioſovè dari juſſit, ipſis proſpexiſſe, & pecuniam rectè, & cum effectu dari voluiſſe cenſetur? ut expreſſè docet Marcellus *in dict. l.* 68. *in fin. de ſolut.* ibi nec enim *hoc egit teſtator ut quomodo eſſet datum, expleta videretur conditio.* Furioſo autem, qui ex animi defectu acquirere dominium, aut poſſeſſionem non poteſt, pecunia non rectè, aut cum effectu daretur, ſed nec

Digitized by Google

ſine tutoris interventu pupillo rectè, aut cum effectu data pecunia crederetur, qui licet dominium acquireret, pecuniam facilè perderet, ut tam de pupillo, quam de furioſo pertractans aiebat Marcellus, *in dict. l. 68. ibi ne datio ex eorum imbecillitate pereat*; cum igitur pupillo furioſovè dandi conditio poſſit ſecundum juris formam impleri, ex teſtatoris judicio, non de facto, ſed de jure ſolum utiliter adimpletur, ad earum conditionum diſcrimen, quæ cum adimpleri de jure non poſſint, de facto utiliter adimplentur, in quibus terminis expreſſè procedunt textus *in dict. l. 20. §. 1. hoc tit. dict. l. 55. de C. & D. dict. l. 77. ad Trebell. dict. l. 24. de ſtat. liber.* nec tunc adverſos ſolutionem hanc *anteriori num.* adductæ difficultates obſiſtunt quarum primæ facilè reſpondetur, conditionem illam libertati adſcriptam, *ſi pupillo ſervierit*, ideo in pupilli perſona citra tutoris interventum utiliter adimpleri, quia in facto tota conſiſtit, ut ait Conſultus *in dict. l. 68.* ideſt, nec dominii, nec alterius juris tranſlationem, ſed merum nudumque ſervi miniſterium continet, quod totum facti eſt, & cujus diſſipatio non niſi fruſtra timeretur; dandi autem conditio quamvis in ejus perſonam adſcripta, qui dominium quærere adimplendæ conditionis cauſa non poſſit, merum in ſe factum contineat, *ut in dict. l. 55. de C. & D.* in ejus tamen perſonam collata, qui teſtamenti occaſione acquirere dominium non prohibeatur, partim in facto conſiſtit, in facto quatenus deſignatam teſtamento perſonam non egreditur, textus ſic intelligendus *in dict. l. 44. in pr. & §. 1. & 3. contra 3. eodem tit.* pro cujus conciliatione *cum §. certa 2. ejuſdem l. 44. l. 6. §. ſi filius fam. 3. 4. de ſtat. lib.* videndus Pichard. *in lectur. ad tit. de legatis 1. cap. 9. ex num. 78. uſque ad fin.* in jure quatenus effectivam dominii tranſlationem expoſcit, quæ juris non facti eſt, *l. cum ſervus 82. verſiculo ſed nos de C. & D.* & cum pupillo tutore authore & furioſo per mediam curatoris perſonam rectè, & cum effectu ſine diſſipationis periculo acquiri occaſione teſtamenti pecuniæ dominium poſſit, nec in pupilli ſine tutore, nec in furioſi perſona dandi conditio quatenus in jure conſiſtit, utiliter adimpletur.

21 Nec magis ſecunda difficultas urget ex *dict. leg. 11. de ſolut.* deducta, cui etſi Coſta non ſatisfecerit, *in §. & quid ſi tantum 5. part. num. 31. & 32.* reſpondet Cheſius *dict. lib. 2. cap. 19. num. 3. cum. 2. ſequentibus & num. 10. cum 2. ſequentibus & num. 21. cum 2. ſequentibus*, quod adjectio ſolutionis gratia tota facti eſt, nec enim qui pupillum ſolutionis gratia ſtipulationi adjecit, ipſi conſulere aut potuit, aut voluit, obligationem ex propria ſtipulatione pupillo acquirere, aut maximè voluiſſet, potuiſſet, veluti ſi ſic ſtipulationem concepiſſet, *ſi pupillo non dederis mihi dabis, dict. leg. 38. §. 17. verſiculo planè.* Quo caſu dandi conditio adimpleri ſine dubio in pupilli perſona ſine tutore poſſet argumento textus *in dict. leg. 68. de ſolut.* acquiri tamen noluit, dum ſibi aut pupillo dari ſtipulatus disjunctim fuit, cujus perſonam nec emolumenti quia noluit, nec obligationis, quia nec potuit, ſed ſolutionis gratia dumtaxat adjecit, ut eum veluti procuratorem quemdam, qui ejus nomine pecuniam acciperet, conſtitueret, ut notant communiter Doctores *in §. ſi quis alii 4. verſic. planè ſolutio inſt. de inutilibus.* Unde ſi ſtipulationi adjecto ſolutionis gratia pupillo etiam ſine tutoris authoritate jure ſolvitur *dict. leg. 11. de ſolut.* qui nec lucrari acceptam pecuniam poteſt, quam imo ſalvam adhuc exiſtentem, aut in rem ſuam verſam reddere ſtipulatori tenetur, non quidem per mandati actionem ex ratione textus *in leg. Marcellus 25. de fidejuſſor.* quæ ſolet alioquin adverſus adjectum competere, *leg. Julianus 131. §. 1. de V. O.* ſed per utilem illam actionem ex reſcripto divi Pii, quatenus locupletior factus ſit, argumento textus *in leg. 3. §. pupillus 4. de neg. geſt. leg. 3. in pr. commodat. cum ſimil.* nec diſpendium aliquod vereri, ſi acceptam forſan pecuniam perdiderit, aut diſſiparit, quo nomine nulla adverſus pupillum ſtipulanti competet actio, qui imò ſibi debet imputare, quod pupillum, quem acceptam pecuniam perditurum, aut diſſipaturum vero ſimiliter prævidit, aut prævidere ſaltem debuit, ſolutionis gratia ſtipulationi adjecerit, argumento textus *in leg. cum mandat. 23. in fin. de minor. leg. ſi quis 7. §. ult. cum leg. ſequenti de inſtitor. actione.* dandi vero conditio in pupilli, aut furioſi gratiam adſcribitur, quibus conſulere & dominium teſtamenti occaſione cum effectu acquiri teſtator, & potuit, & voluit, ne igitur pupillus ſine tutore, aut furioſus acceptam mortis cauſa pecuniam perderent, cujus lucrum ad ipſos cum effectu pertinere teſtator voluit, ex ejus judicio nec in pupilli ſine tutore, nec in furioſi pecunia dandi conditio utiliter adimpletur. Nec obſtat, quod in ejus perſona, cui ſolutionis gratia ſtipulationi adjecto jure ſolvitur, dandi conditio poſſit adimpleri, *dict. leg. 44. in pr. de C. & D.* id namque tum verum eſt, cum una eademque ratio in dandi conditione, & in adjectione ſolutionis gratia verſatur, prout *in dict. leg. 44.* non in præſenti, ubi diſpar juris ratio adjectionem ſolutionis gratia à dandi conditione ſecernit. Ex quibus pleriſque Antonii Fabri calumniis, (aliquibus reſpondere otioſum exiſtimavi,) latenter jam ſatisfeci, qui *lib. 17. conject. cap. 15. per tot:* integrum textum *in dict. leg. 68. de ſolut.* non Marcello ſed Triboniano de more tribuendum, & in pupilli ſine tutore, aut furioſi perſonam dandi conditionem utiliter adimpleri circa juris rationem contendit, cui & ſine examine Schifordegus ſubſcribit *lib. 3. ad eumdem tractatum 22. quæſt. 4.*

Tertiæ difficultatis ſolutio ex præjactis prin- 22
cipiis facilè derivatur, dandi conditio regulariter deſignatam teſtamento perſonam non egreditur propter teſtatoris voluntatem, ut *in dict. l. 44. in pr. de C. & D.* ubi qui conditionis adimplendæ cauſa ſervo pecuniam dare juſſit, ipſius ſervi contemplatione conditionem adſcripſit, quæ adimpleri in domini perſona non poteſt, tum quia facti, & perſonalis in hoc ſenſu eſt, & quæ facti ſunt, ad dominum non tranſeunt, *l. ſi ſtipulatus 76. in pr. quod dicitur 130. l. ult. in pr. de V. O. §. ſed cum factum 2. inſt. de ſtipul. ſerv.* tum quia quatenus jus domini ſcilicet continet tranſlationem in ipſius ſervi perſona per quam

ignoranti etiam & reluctanti domino pecuniæ dominium acquiritur, *l. etiam* 32. *de acquir. rer. dom.* rectè & juxta juris formam impletur; cæterum ſi alia teſtatoris voluntas ſit, quam in univerſum conditiones regere ſæpius dixi, in ejus perſona, qui deſignatus teſtamento non eſt, dandi conditio poteſt adimpleri, & cum teſtator, qui in pupilli furioſivè perſonam dandi conditionem adſcripſit, pecuniam rectè, & cum effectu ſine diſſipationis periculo dari voluerit, non in pupilli dumtaxat tutore authore, ſed & in tutoris perſona, nec in furioſi, ſed in ejus ſolum curatoris perſona conditionem impleri voluiſſe cenſetur, cum nec novum in jure ſit, ut cum alio de ſupremis quis loquatur, & ad alium voluntatis intentio dirigatur, ut Papin. aiebat *in leg. cum pater* 77. §. *donationis* 26. *de legatis* 2. nec quod ſi pupillus hæres ab extraneo inſtituatur, ipſe ſolum tutore author non etiam tutor adire hæreditatem permittitur, quidquam facit, id namque ex eo provenit, quod hæreditatis aditio legitimus actus eſt, *l. actus* 77. *de reg. jur. junctis l.* 13. §. *tutor* 10. *de acceptilatione* 123. *de reg. jur.* quod dici de dandi conditione non poteſt; difficilior quarta & ultima difficultas eſt deſumpta *ex dict. l.* 95. §. 7. *de ſolut.* pro cujus ſolutione, & ſic cum pluribus antiquioribus Goffred. *in dict. l.* 13. *de C. & D. & in dict. l.* 44. *eodem num.* 3. *&* Cujac. *lib.* 28. *quæſt. Papin. in dict. l.* 95. §. *uſumfructum* 6. *de ſolut. circa fin.* pupillo furioſovè dandi conditionem per dationem tutori, vel curatori factam, tum demum utiliter adimpletam intelligi cum in rem pupilli vel furioſi verſa accepta pecunia fuerit, quia tunc ſolum tutor, & curator dominorum loco habentur, cum ex bona fide tutelam, vel curam adminiſtrant, non cum pupillum & furioſum ſpoliant, *l. qui fundum* 7. §. *ſi tutor.* 3. *pro emptore* & ſic accipiendos, & reſtringendos crediderim textus, *in dict. l.* 13. *de C. & D. dict. l.* 22. *in pr. de manum. teſt. dict. l.* 68. *de ſolut.* verius longè eſt pupillo furioſovè dandi conditionem per dationem tutori, vel curatori factam utiliter ſtatim impleri, quin quod in pupilli furioſivè rem verſa ſit pecunia expectetur, ut ex ſequentibus probatur 1°. *ex dict. l.* 13. *de C. & D. dict. l.* 22. *de manum. teſtam. dict. l.* 68. *de ſolut.* in quibus per dationem tutori vel curatori factam pupillo furioſovè dandi conditionem impleri ſcriptum diſertè eſt, quod dici mehercle non poſſet, ſi non tutori aut curatori data pecunia, ſed demum in rem pupilli, vel furioſi verſa conditio adimpleretur. 2°. Si ita demum per dationem tutori aut curatori factam conditio impleretur, ſi in pupilli, furioſivè utilitatem verſa pecunia fuiſſet, an pupillo ipſi, vel furioſo, an tutori, vel curatori pecunia daretur, nihil quoad implendæ conditionis quæſtionem intereſſet, ut ex eo clarè conſtat, quod etſi per dationem pupillo ſine tutore, furioſove factam de præſenti dandi conditio non impleatur, ſi tamen in pupilli, furioſivè rem verſa pecunia fuerit, ex tunc juris cenſura pro impleta debet intelligi argumento textus in *l.* 4. §. *ſi quis pupillo* 4. *de doli mali exceptione l. pupillo* 15. *in fin. de ſolut.* §. *ult. verſiculo ſin autem aliter inſt. quibus alien. lic. vel non.* & eorum quæ dixi. *num.* 1. & mirifice probatur ex textu *in leg.* 3. §. *ſed ſi argento* 9. *verſiculo planè de ſtat. lib.* juncto Goffredo *in dict. l.* 55. *de C. & D. num.* 1. *circa fin.* in quo fallitur Antonius Faber qui *dict. lib. conject. cap.* 14. dandi conditionem, vel tunc impleri, cum pecunia datur, vel numquam exiſtimabat, quem refellit præterea textus *in leg.* 3. §. *ſi decem* 5. *de ſtat. lib.* ubi conditionis implementum in pendenti eſſe dicitur, *ſed in dict. l.* 68. *de ſolut.* an pupillo ſine tutoris interventu, vel furioſo, aut tutori, vel curatori, pecunia detur plurimum referre, & 1°. caſu non impleri, 2°. vero adimpleri conditionem docemur, ergo per dationem tutori vel curatori factam pupillo, furioſovè dandi conditio ſtatim utiliter adimpletur, quin quod in pupilli furioſivè rem pecunia verſatur, expectetur. 3°. Si vera contraria foret opinio, nulla quoad implendæ conditionis cauſam inter tutorem reſpectu pupilli & ſervum reſpectu domini differentia daretur, nam & domino conditionis implendæ cauſa dare juſſus, quamvis ſi ſervo dederit, conditionem non impleat, *dict. l.* 44. §. *contra* 3. *de C. & D.* ſi tamen accepta à ſervo pecunia domino data, aut in ejus rem verſa poſtea fuerit, ex tunc juris cenſura impleviſſe conditionem cenſetur, textus ſic intelligendus *in dict. l.* 95. §. 7. *verſiculo quomodo de ſolut.* Quidquid ſentiat Antonius Faber *dict. lib.* 7. *conject. cap.* 14. cujus interpretationem ſequens ille verſiculus *cæterum qui ſervo dict.* §. 7. evidenter refellit; atqui inter tutorem reſpectu pupilli, & ſervum reſpectu domini illud dicitur intereſſe, quod pupillo dare juſſus eſt, ſi tutori dederit, implet conditionem, domino autem dare juſſus, & ſi ſervo dederit, conditionem non implet *dict. l.* 44. §. 3. *de C. & D. dict. l.* 68. *de ſolut.* Ergo &c. 4°. in ejus perſona, cui debita pecunia jure ſolveretur, dandi etiam utiliter conditio adimpletur. Sed pecunia pupillo furioſovè debita rectè tutori, vel curatori ſolvitur, & ſolutionis ratione præſens liberatio debitori contingit, quin quod in pupilli, furioſive utilitatem verſa pecunia fuerit, expectetur *l. Julius* 46. §. *tutela* 5. *de adminiſtratione tutor. l. quod ſi fortè* 14. §. *curatori* 7. *de ſolut.* juncto cum pluribus Retes. 1. *opuſc. cap.* 9. *per tot.* Ergo & per dationem tutori & curatori factam &c. 5°. & ultimo ſic ſolet ſententia noſtra fundari: ſi per tutorem ſteterit, quominus in pupilli perſonam adſcriptæ conditioni pareatur, juris cenſura pro impleta conditio habetur, *l. Titia* 34. §. *ſi ea conditione* 4. *de legatis* 2. *l. cum pupill.* 78. *in pr. de C. & D. l.* 22. *in pr. de manum. teſtam. l.* 3. §. *non ſolum* 10. *de ſtat. lib. l. fideicommiſſaria* 23. §. *ult. de fideicommiſſ. libert.* ſed tutoris impedimentum efficere ſolum poteſt, ut data pecunia ipſi tutori credatur, non etiam ut converſa in pupilli utilitatem intelligatur, ne alioquin plus poſſet fictio in caſu ficto, quam veritas in caſu vero. Circa vulgarem regulam textus *in leg. filio, quem pater* 23. *de liberis & poſthumis.* Ergo pupillo, furioſovè dandi conditio per dationem tutori vel curatori factam ſtatim impletur, nec quod in pupilli, furioſivè rem, verſa poſtea pecunia fuerit, deſideratur. Ultimum tamen hoc fundamentum, verum fateor, exigui aut nullius

Digitized by Google

ponderis eſt, nam etſi per tutorem ſteterit, quominus ei conditio pareatur quæ, quia in facto tota conſiſtit, in pupilli perſona rectè citra tutoris interventum adimpletur, nec in tutoris ſolius perſona poteſt adimpleri, juris cenſura pro impleta conditio habetur, ut expreſſè conſtat *ex dict. l. 34. §. 4. de legatis 2. dict. l. 23. §. ult. de fideicommiſſa libert.* juncta *dict. l. 68 de ſolut.* & agnoſcit Goffredus *in leg. jure civili 24. de C. & D. num. 15.* ex eo igitur quod ſi per tutorem ſteterit, quominus pupillo dandi conditioni pareatur, pro impleta conditio habeatur; pupillo dandi conditionem perj dationem tutori factam ſtatim impleri, nec quod in pupilli rem pecunia vertatur, expectari non rectè deducitur. Verum ex ſuperioribus tenenda noſtra ſententia eſt, quam indicavit primus Joannes de immola *in leg. Julianus 45. de C. & D.* & egregiè fundavit Coſta *in dict. §. & quid ſi tantum dict. 5. parte. ex num. 22. uſque ad 29.* & nullo ex his relato, uno aut altero adducto fundamento, ut novam defendunt Antonius Faber. *dict. lib. 17. conject. cap. 14.* Cheſius *dict. lib. 2. interp. cap. 19. ex num. 13. uſque ad 18.*

23 Nec huic ſententiæ *in dict. l. 95. §. 7. de ſolut.* Papinianus reſiſtit, omiſſo namque Antonio Fabro qui *dict. lib. 17. conject. cap. 14.* qua ſolet audacia miſerum inſectatur Tribonianum, dicendum eſt, quod imò *ex dict. §. 7.* mirificè ſententia noſtra probatur, totus enim in eo Papinianus eſt, ut inter pupillo furioſove dandi conditionem, & pupilli furioſivè ſolutionis gratia factam in ſtipulatione adjectionem illud intereſſe demonſtret, quod ſcilicet pupillo, furioſovè dandi conditio per dationem tutori vel curatori factam ſtatim impletur, nec quod in pupilli, furioſive rem verſa pecunia ſit, deſideratur, at ubi pupilli furioſive perſona adjecta fuerit ſtipulationi, ita demum per ſolutionem tutori, vel curatori factam liberatio promiſſori contingit, ſi in rem pupilli vel furioſi verſa ſoluta pecunia fuerit, cujus differentiæ manifeſta ratio ex dictis *num.* 21. dignoſcitur, pupillo furioſove dandi conditio, nec in pupilli ſine tutore, nec in furioſi, ſed in tutoris vel curatoris perſona utiliter adimpletur: ergo per dationem tutori vel curatori factam de præſenti impletur, nec quod in pupulli furioſive rem pecunia poſtea vertatur, exigitur. At ubi pupilli furioſive perſona adjecta ſtipulationi fuit, qui ſic promiſit, etiam pupillo ſine tutore, vel furioſo ſolvens juxta ſtipulationis legem ab obligatione liberatur *dict. leg. 11. de ſolut.* nec igitur poterit à pupilli furioſivè verſa pecunia liberabitur, cum ex tunc pupillo ipſi, vel furioſo ſolviſſe videatur. Hanc verò Papiniani mentem eſſe, ſi totam textus ſeriem expendamus, conſtabit, initio Papinianus ait, quod ſi pupilli furioſivè perſona ſolutionis gratia ſtipulationi fuerit adjecta, ita tutori, vel curatori pecunia rectè dabitur ſicuti conditionis implendæ cauſa, rectè pecunia tutori, vel curatori datur, idque utilitatis cauſa recipiendum Labeonem, & Pegaſum referri exiſtimaſſe hoc uſque non propriam aperit, ſed alienam Labeonis, & Pegaſi ſententiam refert, qui ducto argumento ab eo, quod conditionis implendæ cauſa datur, crediderunt, quod quemadmodum pupillo, furioſovè dandi conditio propter eorum (libertatem) utilitatem potius ex teſtatoris judicio rectè in tutoris vel curatoris perſona adimpletur, ſic & ubi pupilli, furioſive perſona ſolutionis gratia ſtipulationi fuerit adjecta, rectè tutori vel curatori ſolvitur, poſtea in verſiculo *idque ita* ab eo, quod conditionis implendæ cauſa datur, ad adjectionem ſolutionis gratia factam argumentum non rectè deſumi prævidens propter expenſam nuper rationem, ut modeſtè de more præfatam Labeonis & Pegaſi ſententiam reprehenderet, (inter excedentes alias, & animi & ingenii dotes, quibus paſſim ab Imperatoribus Conſultorum facilè Princeps maximè commodatur, ut videre eſt *apud Cujacium in præludio ad libros quæſtionum ejuſdem* miram ejus in ſcribendo modeſtiam enituiſſe conſtat *ex leg. Aquilius 27. de donat. ibi & cum de ea re merum contuliſſet & obſervat* Retes *de donat. cap. 3. num. 13. 1.* ita eam recipiendam ſubjungit, ſi in pupilli furioſivè rem verſa pecunia fuerit, quæ verba, non ad conditionis, ſed ab initio propoſitum principalem adjectionis caſum referenda ſunt, concluditque, quod ſi pupilli, furioſive perſona ſtipulationi fuerit adjecta, non idem erit, quod in dandi conditione dicendum, ſed illud magis, quod in illa conditione, *ſi domino dederit*, cui non aliter paruiſſe, qui ſervo dederit, intelligitur, quam ſi ad dominum pecunia pervenerit, quem ſenſum reddunt illa textus verba, *quomodo ſi domino juſſus dare, ſervo dediſſet, ut domino daret*, quam Papiniani interpretationem primus Coſta tradidit *in dict. §. & quid ſi tantum 5. parte num. 30. cum 2. ſequentibus* & eo non relato ſibi arrogat Cheſius *dict. lib. 2. interp. cap. 19. n.* 24. denique nec noſtræ obſiſtit ſententiæ textus *in leg. Lucius 53. de manum. teſtam.* pro cujus explicatione videndus Cujacius *ibi lib. 15. reſponſ.* Pauli rem melius expediens quam Coſta *lib. 2. ſelect. cap. 10. per totum.* 24

Nec de facto ſolum propter teſtatoris judicium; ut hactenus vidiſtis, poteſtativa mixtavè conditio utiliter adimpletur, verum etſi nondum impleta, vel defecta revera fuerit, juris cenſura pro impleta nonnumquam habetur, ut ecce, ſi per eum cujus intereſt conditionem non impleri, fit quominus impleatur, pro impleta conditio habetur, ut pro regula tradit Ulpianus juxta Florentinam lectionem *in leg. in jure 161. de R. J.* quæ non modo in legatis, fideicommiſſis, & libertatibus, verum & in ſtipulationibus cæteriſque contractibus locum habet, & ad caſuales non minus, quam ad poteſtativas, mixtaſve conditiones ſpectat, *l. hæc venditio 7. in fin. princ. l. Labeo 50. de contrah. empt. l. ſi fundum 81. §. ſi Titio 5. de legatis 1. l. Julianus 45. l. quæſitum 57. l. hæres 60. in fin. l. Julius Paulus 81. §. 1. de C. & D. l. 3. §. 1. 2. & 3. §. ſi quis ſervum 7. cum ſequenti, & §. ſi ita cum 2. §. §. ſequentibus l. 4. §. Stichus 4. in fin. l. ſi peculium 20. in pr. & §. is cui 3. verſiculo diverſa, & §. quædam 5. verſiculo ſed etſi hæres, & verſiculo idem dicendum. l. ſi intra 23. §. 1. l. ſervus 34. §. 1. l. Sticho 40. §. ult. de ſtat. lib. leg. in executione 85. §. ult. de V. O. leg. ult. verſiculo ex quacumque cap. de conditionibus incertis.* & perſpicuam illam habet rationem ne

ſcilicet alioquiu ſit in hæredis aut cujuſlibet debitoris arbitrio proprio facto ſpem legati, vel alterius obligationis extinguere circa regulam textus, *in leg. ſi id quod* 21. *§. ult. de liberat. legat. l. ſub hac* 8. *de V. O. cum ſimil.* aut ſpem ſtatutæ libertatis infringere circa regulam textus *in leg.* 2. *in pr. leg. ſtatu liberum* 9. *in pr. de ſtat. liber.* Sed & ad hæredum inſtitutionem præfata regula pertinet, ut ſignanter exprimitur *in dict. l.* 161. *de R. J.* veluti ſi per cohæredem, aut ſubſtitutum (quo ſolo exemplo utitur Petrus Faber *in dict. l.* 161.) aut per eos, qui deſtituta teſtamenti cauſa forent ab inteſtato ſucceſſuri, quorum omnium adſcriptam inſtitutioni conditionem intereſt, non impleri propter accreſcendi, aut ſubſtitutionis jure, aut legitimæ ſucceſſionis ſpem, fiat quominus conditio exiſtat, vel adimpleatur juris cenſura, vel extitiſſe, vel adimpleta jam fuiſſe conditio intelligitur, ne alioquin in cohæredis, aut ſubſtituti, aut eorum qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri, foret arbitrio hæredi, ex parte vel ex aſſe ſub conditione inſtituto proprio facto ſpem acquirendæ hæreditatis, vel ejus partis circa teſtantis voluntatem adimere. Verum nec omne ab ejus perſona proveniens impedimentum, cujus intereſt conditionem non impleri, ſed illud dumtaxat, quod impediendæ hæreditatis acquiſitioois animo ſit adhibitum, pro expleta conditione cedit ſeu interpretativum conditionis implementum inducit ex regula textus, *in leg. non omne* 38. *de ſtat. lib. junctis dict. l.* 3. *§. ſi quis ſervum* 8. *verſiculo quod ſi probibeatur eodem tit. l. Thais* 41. *§.* 1. *de fideicommiſſ. libert.* Goſfred. *in leg. jure civili* 24. *de C. & D. num.* 22. & rurſus nec ſemper ejus, cujus intereſt conditionem non impleri, impedimentum, quamvis impediendæ hæreditatis acquiſitionis animo ſit adhibitam efficit, ut pro impleta adſcripta inſtitutioni conditio habeatur, veluti ſi quis vel ex parte, vel ex aſſe ſub ea coonditione inſtituatur, quæ vel ex cohæredis, vel ex ſubſtituti, vel eorum qui deſtituto teſtamento forent ab inteſtato ſucceſſuri, velata ſeu tacita voluntate dependeat, exempli cauſa, *ſi cohæres, aut ſubſtitutus capitolium aſcenderit*, aut iu terminis textus. *in leg. ſi quis ita* 82. *de hæred. inſt.* quamvis is, in cujus tacitam voluntatem collata conditio eſt, & cujus eam non impleri intereſt, data opera, & impediendæ hæreditatis, aut ejus partis acquiſitionis animo, conditionem non impleat, noo eo magis juris cenſura pro impleta conditio habeeur, propter teſtantis voluntatem, qui ex ejus arbitrio, cujus eſt noo impleri, pendere conditionis implementum, voluit, ut probant ab argumento textus *in leg. cum ab eo* 41. *in fin. princ. de contrah. empt. l. qui balneum* 9. *§.* 1. *qui potior in pign. hab. leg.* 3. *de legatis* 2. *l. ſi ita* 30. *de ſtat. liber. l. veluti* 27. *§.* 1. *l. quidquid* 99. *§.* 1. *l. ita ſtipulatus* 115. *§.* 1. *de V. O.* junctis qoæ dixi *ad tit. de eo quod certo loco cap.* 1. *num.* 15.

25 Sed etſi per eum, io cujus perſona erat, adimplenda conditio, quominus impleatur, ſteterit, pro impleta conditio habetur, idque ſibi voluit Julianus circa affirmativam veriorem lectionem, quam rejectis emendationibus Hotbomani *lib.* 4. *obſerv. cap.* 21. *& lib.* 5. *cap.* 8. Cujacii *lib.* 55. *quæſt.* Juliani & Dionyſii *Gothofredi in dict. l.* 161. *de R. J.* referendi ſtatim interpretes amplectuntur, *in leg. jure civili* 24. *de C. & D.* Dum dixit, quod ſi per eum, cujus intereſt, conditionem impleri, fiat quominus impleatur, pro impleta conditio habetur, cujus autem conditionem impleri intereſt, non qaidem inſtitotus hæres aut legatarius, ſed is intelligitue in cojus perſona adimplenda conditio eſt, ut explicant Pettus Faber *in dict. l.* 161. *de R. J.* Donell. *comment. cap.* 34. *& ibi* Oſſuald. *littera B. quamvis aliter* Duarenus *ad noſtrum tit. cap. ult. circa fin.* utriuſque Lectionis, & affirmantis *in dict. l.* 24. *& in dict. l.* 161. unum eumdemque ſenſum eſſe, nec improbabiliter npinemr, quem parum ſolidè impugnavi, Oſſuald *ubi ſupra littera B.* hujus autem ſic expoſitæ regulæ ratio in eo eſt, qood in omnibus cauſis pro facto id habetur quod per alium fit, quominus fiat *l. in omnibus* 39. *de reg. jur.* & qui non animo ſolum verum & de facto fuit adimplere conditionem paratus, ſi quidem ab eo in cujus perſona erat adimplenda conditio, fuerit prohibitus, quatenus ex ſe fuit, teſtatoris judicio obtemperavit & impleviſſe conditionem cenſetur, exemplum vero ſibi jam quiſque ſumere facilè poteſt *ex leg.* 3. *hoc. tit.* ubi adſcripta inſtitutioni dandi conditio, per ſolam oblationem ſi is in cujus perſona erat adimplenda, oblata ſibi decem accipere recuſavit, impletur quin ad id pecuniæ obſignatione opus ſit, cum non de extinguenda obligatione ſed de adimplenda conditione tractetur, & quamvis per ſolam ohlatiooem, quam obſignatio ſubſequuta oon fuerit, extingui obligatio non poſſie, *l. illud* 17. *de periculo & commodo rei vendita l. obſignatione* 9. *C. de ſolut. cum ſimil.* conditio tamen per ſolam oblationem accedenee recuſatiane adimpletur, *l. Celſus* 23. *§. ult. leg. arbiter* 40. *in fin. de recept. arbitr. leg. ſi per te non ſtat.* 9. *C. de uſuris.* Ut latius proſequuntur Goffred. *in dict. leg.* 3. *hoc tit. per integrum commentarium, & præcipuè n.* 4. *&* 5. Donell. 16. *comment. cap.* 13. *& ibi* Oſſuald. *littera* 1. *cum* 2. *ſequentibus.* Antonius Faber. *de error. decad.* 22. *error.* 5. & accuratè fundavi *in privato commentario ad tit. de leg. commiſſ. cap.* 1. *ex num.* 6. nec ejus qui accipere recuſavit, pœniteotiæ locus eſt, *dict. l.* 3. *Stichus* 13. *de ſtat. lib. dict. l. ult. verſiculo quod enim ſemel C. de condit. incert.* qui textus licet in libertatis terminis loquantur, ad cæteras etiam diſpoſitiones quoad hanc partem ſpectant, in quibus idipſum ſervari probat elegans Papiniani textus *in leg. Pater* 101. *§. ult. de C. & D.* ubi principium hoc agnoſcunt Goffred. *num.* 4. *& in leg. mutiana* 7. *eodem tit. num.* 21. *& in dict. l.* 3. *hoc tit. num.* 4. & Cujac. *lib.* 8. *reſponſ. Papin. in dict. l.* 101. *§. ult.* alia ſanè cauſa erit, ſi is cui adimplendæ conditionis cauſa daoda pecunia fuerat, abſens ſit, tunc enim nec per oblationem, coi locus eſſe oon poteſt, nec magis per pecuniæ obſignationem pro impleta conditio habetur, cum nullum ab eo, in cujus perſona etat adimplendæ conditio, impediendæ conditionis animo adhibitum ſactum ſit, ut probat diſertus textus *in leg.* 4. *§.* 1. *de hæred. inſt.* ubi conditio illa, *ſi Titio decem dederit*,

filii

filii ſui hæredis inſtitutioni adſcripta, non poteſtativa, imò eſſe in difficili dicitur, ſi Titius longinquo itinere peregrinetur; ergo adimpleri per pecuniæ obſignationem non poteſt, alioquin poteſtativa adhuc, nec in difficili eſſet, pecuniam namque obſignare, & ſic conditionem implere filius ſuus hæres facilè poſſet. Nec contrarium ſuadet textus, qui Accurſium & antiquiores plures decepit, *in leg. cum hæres 4. in pr. de ſtat. lib.* ubi dandi conditio, ſi is in cujus perſona erat adimplenda, abſens fuerit, per pecuniæ obſignationem impletur, nam in libertate ſolum procedit pro cujus favore jure ſingulari conſtitum eſt, ut ſtatu liber, ex quo pecuniam quam daret, habuerit, ſi quidem per eum non ſteterit, quominus daret, quamvis nec per hæredem, nec per eum, in cujus perſona erat adimplenda conditio, ſteterit, hoc ipſo impleviſſe conditionem cenſetur, *dict. l. 3. §. non ſolum* 10. *verſiculo & ſanè & §. ſi quis* 12. *dict. l.* 20. *§. is cui* 3. *eodem tit.* & cum eo abſente, in cujus perſona erat adimplenda conditio, per ſervum non ſteterit, quominus conditioni pareret, dandi conditio impleta per pecuniæ obſignationem cenſetur, ut poſt Raphaëlem Cumanum *in dict. l. 3. hoc tit. docet* Coſta 2. *ſelect. cap. 9. per totum.* Sed dices immò ſtatu liberum, hoc ipſo, quod paratam pecuniam habeat, quamvis nec eam obſignarit, eo abſente, cui dare juſſus eſt, impleviſſe conditionem intelligi, cum per eum non ſteterit, quominus daret, quamvis nec per eum, cui dare juſſus erat ſteterit, quod ſufficere, ad hoc ut impleta ſtatutæ libertatis conditio intelligatur, nuper dicebamus reſpondeo ſingulare jus illud, de quo *in dict. l. 3. §. 10. cum ſimil.* protrahendum in ejus injuriam, & præjudicium non eſſe, cui dare ſtatu liber juſſus eſt, & qui cum accipere poſſit, culpæ expers fuit, unde cum *in dict. l. 4. in pr.* abſens rei publicæ cauſa is fuiſſet, in cujus perſona erat adimplenda conditio, nec amiſſæ pecuniæ damnum propter abſentiam ſentiret, obſignata demum pecunia adimpleta conditio intelligitur; quod idem dicendum cenſerem, etſi non reipublicæ, ſed alia qualibet cauſa, dum modo non impediendæ conditionis animo is abfuerit, cui ſtatu liber juſſus eſt, alioquin ſi impediendæ conditionis animo isabfuerit, ſine dubio citra pecuniæ obſignationem adimpleta conditio cenſebitur, ut probat ab argumento textus. *in leg. ſi eum* 28. *§. ult. de fideicommiſſ. libert.*

26 Sed & alia adhuc ſuperioris occurrunt regulæ exempla, veluti ſi ſub ea conditione, *ſi Titium adoptaverit*, inſtitutus Titium adoptare paratus ſit, nec Titius velit, ſe adoptandum dare, impleviſſe conditionem cenſetur, cum per eum in cujus perſona erat adimplenda conditio, quominus impleretur ſteterit, expreſſus textus *in leg. ſi quis teſtamento* 11. *hoc tit.* quem noviter ad rem aliam expoſui 1. *cap. num.* 39. ſub illa etiam conditione inſtitutus, *ſi ſtatuas in municipio poſuerit*, ſi quidem ſtatuas ponere paratus ſit, & municipes locum concedere noluit, conditionemimpleviſſe intelligitur *l. Titius* 14. *de C. & D.* non quia municipes hi ſunt, ſine quorum voluntate, & conſenſu poni ſtatuæ in municipio non poſſunt, ut credebat Donell. *dict. lib.* 8. *comment. cap.* 34. hæc quidem ratio per ſe ſola interpretativum conditionis implementum non induceret; ſed potius quia municipium, quatenus municipium repræſentant, ſtatuas in publico erigi intereſt, quæ in municipii cedunt ornatum, *l. Seia 6. §. ult. de auro & argento legat.* & dum duumviris, vel decurionibus, ſine quorum conſenſu erigi ſtatuæ non poſſunt *l. 2. de loco publico fruendo* juncto Revardo *in leg. ambiguis 96. de regul. juris*, hæredi ſub ea conditione inſtituto erigere ſtatuas parato locus ad earum erectionem denegatur, per eos utique quorum intereſt, conditionem impleri, & in quorum perſonis quatenos municipium ipſum repræſentant. erat adimplenda, fieri intelligitur, quominus conditio impleatur, quæ idcirco pro impleta habetur. Similiter ſi ſub ea conditione, *ſi ſeiam uxorem duxerit:* inſtitutus ſe jam uxorem ducere ſit paratus, nec ei nubere ſeia velit, impleviſſe conditionem cenſetur, quia per ſeiam in cujus perſona adimplenda conditio erat, quominus impleretur, ſterit *l. inter ex fratribus* 23. *hoc tit. l. in teſtamento* 31. *verſiculo, ſed etſi uterque & verſiculo, muliere autem nolente de C. & D. l. ſi poſt diem* 5. *§. item ſi qua* 5. *verſiculo ſed etſi ita quando dies leg.* 1. *&* 2. *cap. de inſt. & ſubſt.* idemque juris erit, ſi ſcia iniquis conditionibus, veluti ſine congrua dote, velit inſtituto nubere, perinde enim, ac ſi nubere nolit, habenda erit argumento textus *in leg. non dubium* 14. *§. ult. de legatis* 3. niſi hæreditatis emolumentum, & teſtatori præcognita mulieris egeſtas diverſum jus ſuadeant, ut obſervavit cum judicio Coſta *in §. ſi arbitratu limit.* 6. *num.* 16. *&* 17. nonnumquam tamen quamvis per mulierem ſteterit, quominus inſtituto nuberet, pro expleta conditio illa, *ſi ſeiam uxorem duxerit*, non habetur ut *in leg. quoties* 9. *§. ſi quis ita* 10. *de hæred. inſt. dict. leg.* 23. *hoc tit. l. 2. §. Si quis ita inſtituerit*, 6. *de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas* in quibus ſi ita teſtamento ſcriptum ſit *qui ex fratribus meis ſeiam uxorem duxerit, ex dodrante qui non duxerit, ex quadrante hæres eſto.* Quamvis ex fratribus uterque ſeiam uxorem ducere ſit paratus, is ſolum, cui ſeia nupſerit, hæreditatis habet Dodrantem, alter vero cui nubere ſeia noluit, ad quadrantem ſolum admittitur, nec perinde, ac ſi ſeiam uxorem duxiſſet habetur, licet per ſeiam quominus in ejus perſona conditio adimpleretur ſteterit, propter expreſſam teſtantis voluntatem qui majorem hæreditatis partem ad eum ex fratribus, voluit pertinere, qui ſeiam verè & cum effectu uxorem duxiſſet, quam ad alterum cui nubere ſeia noluiſſet, & ad Dodrantis acquiſitionem verum & proprium, nec interpretativum conditionis implementum deſideravit; ſed etſi dotis nomine ſub præfata conditione relictum legatum ſit, interpretativo conditionis implemento locum non eſſe Coſta exiſtimat *in dict. §. ſi arbitratu dict. limit. 6. & num.* 28. ea unica ratione motus, quod deberi dos non poteſt, ubi matrimonium non eſt, *l. 3. de jur. dot.* verum ejus ſententiæ non conſentio, nec enim perſuadeor teſtatorem, qui dotis nomine ſub matrimonii cum certa aliqua perſona contrahendi conditione legatum reliquit, legati commodo privare legatarium voluiſſe, ſi cum ipſe nuptias inire paratus erat, per eam cum qua ineundæ nuptiæ fuerant, quominus

contraherentur ſtetiſſet, imò eam fuiſſe teſtatoris voluntatem crediderim, ut ſi matrimonium fuiſſet contractum, doti relicta quautitas deſerviret, ſio autem per eam, cum qoa contrahendum etat, quominus contraheretur fieret, ad legatarium ſine dotis onere legati commodum pertineret; moveor ex textu *in leg. Titio centum* 71. *§. ult. verſiculo quod ſi nolit de C. & D.* ubi filiæ dotis nomiuc ſponſo relictom legatum, ſi per ſponſum, qoominus matrimonium ſequeretur ſteterit, ad filiam perpertinere Papinianus ſcribit. Nec cum Coſta 2. *ſelect. cap.* 22. *num.* 3. reſpondeat aliquis legatum illud, de quo Papinianus ſub modo fuiſſe, non ſub conditione relictum, & ideirco ex eo, quod per ſponſum quominus matrimonium contraheretur ſtetiſſet, ad filiam pertinuiſſe. Nam etſi fatear legatum illud modale, non conditionale fuiſſe, ut ad rem aliam eum Papiniani textum adducens dicebam *ad tit. quando dies leg. cap.*3. *num.* 17. ratio tamen illa, quod ſcilicet deberi dos non poteſt, ubi matrimonium non eſt, ſi quæ eſſet, in modali non minus quam in conditionali legato militaret, cum nec ex modalis legati cauſa conſtitui ſine matrimonio dos poſſit; & tamen modale legatum, ſi per eum, cum quo matrimonium contrahendum erat, quomious contraheretur ſteterit, quia juris cenſura pro expleto modus habetur, ad legatariam filiam ſine dotis conceptu pertinet, alioquin cautionem adhuc præſtare cogeretur, cujus rei Papinianus nec meminit, idem igitur in eiſdem terminis erit de legato conditionali dicendum. Nec tunc doctrinam noſtram evertit textus *in leg. ſi ſponſalibus* 58. *de jur. dot.* nam de ſtipulatione loquitur, cujus conditio licet, ſi per cum cujus eam iotereſt non impleri fiar, quominus impleatur impleta juris cenſura credatur. *ex dictis num.* 24 ex eo ſolum, quod per eum, in cujus perſona erat adimplenda, quominus impleretur ſteterit, pro impleta non habetur, interpretativum quidem hujuſmodi conditionis implementum cum non ex communi, ſed ex ſpeciali ultimarum voluntatum favore ſubnixo jure deſcendat, ot vulgariter ſolet probari *ex dict. l.* 2. *cod. de inſt. & ſubſt.* (pro cujus conciliatione cum *l. Pater* 101. *in pr. de C. & D.* conſulendus Pichardus *in lectur. ad tit. de vulgari cap.* 7. *ex num.* 1. *uſque ad* 28. *& præcipuè num.* 32.) ad contractus, in quibus ſtrictori ſemper interpretationi fit locus protrahendum non eſt, ut docet cum pluribus Arias de Meſa 2. *var. cap.* 6. *num* 22. *&* 23. *& quamvis dict. l.* 58. noo adducta, Coſta tenuerat, *in dict. §. ſi arbitratu limit.* 6. *num.* 18. *cum* 3. *ſequentibus, qui num.* 24. *cum* 2. *ſequentibus.* aliam ſubjicit ſuperioris regulæ circa interpretativum hoc conditionis implementum limitationem.

27 Sive igitur per eum, cujus non impleri, ſivè per eum, cujus impleri conditionem interſit, quominus hæredis inſtitutioni adſcripta conditio impleatur ſteterit, pro impleta conditio habetur, idẽque juris eſt, ſi per ejus, cujus vel impleri, vel non impleri conditionem interſit, tutorem curatorem aut procuratorem ſteterit, *dict. leg.* 34. *§.* 4. *de legatis* 2. *dict. leg.* 78. *in pr de C. & D. dict. leg.* 22. *in pr. de manum. teſtament. dict. leg.* 23. *§. ult. de fideicomm. libert. dict. leg.* 3. *§.* 10. *de ſtat. libert. dict. leg.* 3. *doces* Goffred. *in dict. leg.* 24. *de C. & D. num.* 7. *cum* 4. *ſequentibus, & num.* 15. *&* 16. Cum quo tamen in eo non convenio, quod ſi per pupillum, jam doli capacem, quominus in ejus perſona adſcripta dandi conditio in tutoris perſona adimpleretur, ſteterit, pro impleta conditionem habeodam arbitrator, Papiniani deciſione permotus *in dict. leg.* 78. *in pr. de ſolut.* junctis quæ dixi *ex num.* 19. ejuſque rei ea ſola ſit ratio, ne alioquin data ipſi pecunia] propter ejus imbecillitatem periret abſurdius profecto foret, ut ex eo quod tutori, pecuniam dari prohiberet, majus pecuniæ diſpendium ſentiret, ſi juris cenſura adimpleta conditio crederetur. Nec Goffredo *in dict. leg.* 78. Papinianos aſſiſtit, qui dum impedimento per pupillum adhibito pro impleta habendam conditionem reſpondit, ad eam debet conditionem reſtringi, quæ in facto tota conſiſtit, de qua *in dict. leg.* 68. *de ſolut.* & quæ ſicuti in pupilli perſona citra tutoris interventum utiliter adimpletur, ut *dixi num.* 20. ſic & impedimento per pupillum doli jam capacem adhibito, adimpleta juris cenſura intelligitur, ut rectè Cujacius *lib.* 9. *reſpons. Papin. in dict. leg.* 78. ſi dicas: quæ in facto conſiſtit conditio, in pupilli perſona adſcripta, adimpleri in tutoris perſona non poteſt, *dict. leg.* 68. *de ſolut.* & tamen impedimento per tutorem adhibito juris cenſura creditur adimpleta *dict. leg.* 34. *§.* 4. *de legatis* 2. *dict. leg.* 23. *de fideicomm. libert.* Ergo & pupillo dandi couditio, quamvis citra tutoris interventum adimpleri in ejus perſona non poſſit, impedimento per pupillum adhibito juris cenſura pro impleta debet haberi; vel melius ergo pupillo dandi conditio, quæ tutore authore in ejus perſona utiliter adimpletur, adhibito per pupillum impedimento fortiori utique ratione debet adimpleta cenſeri. Reſpondeo diverſam longè impedientis pupilli, & prohibentis tutoris cauſam eſſe, pupillus quippè, cum ſine tutore deteriorem ſuam reddere conditionem non poſſit, *primo inſt. de authorit. tutor.* Tametſi pecuniam tutori dari prohibeat propter inconſultæ ætatis facilitatem, non id efficit, ut adimpleta conditio intelligatur, ne alioquin amiſſæ pecuniæ damnum deploret; tutor autem, qui impuberis perſonam regit, quemadmodum deteriorem ejus reddere conditionem non prohibetur, quamvis eo nomine tutelæ judicio teneatur, ſic & adimpleri conditionem impediens, efficit ut pro impleta conditio habeatur, ut ipſe agnoſcit Goffred. *in dict. leg.* 24. *de C. & D. num.* 15. & ſenſiſſe Cujac. *videtur lib.* 10. *reſpons. Modeſtini in dict. leg.* 34. *§.* 4. *de legatis* 2.

Ex eo autem ſolum, quod per ioſtitutum ſub conditione hæredem non ſteterit, quominus 28
conditioni pareret dummodo nec per eum ſteterit, cujus vel impleri, vel non impleri conditionem ioterſit, pro impleta conditio non habetur, expreſſi textus *in leg. inde Neratius* 23. *§. idem Julianus* 2. *ad leg. Aquil. dict. leg.* 31. *in pr. verſiculo diverſa de C. & D. leg.* 20. *§. is cui* 3. *verſiculo ut ſi eidem de ſtat. lib. leg. legatum* 4. *C. de conditione inſert.* Quamvis libertati adſcripta conditio ſiquidem per ſervum, quominus ei pareret, non ſteterit, quamvis per eum, cujus vel impleri, vel noo impleri conditionem interſit, non ſteterit ſingulari jure pro impleta propter publicum libertatis favorem habeatur

Digitized by Google

*dict.leg.*94. *in pr.* & §. 1. *de C. & D. leg.libertate* 55. *in pr. de manum. teſtam. dict. leg.*3.§.10.& 12. *dict. leg.*20. §.3. *L. ſi hæreditas* 28. *de ſtat.lib. L. ult. C. de condit. inſert.* ubi videndi Raguellus, & Merillus, Jacobus Gothofredus *in dict.leg.*39. *de R. J.* quo & Papinianus reſpexit *in dict.leg.* 78. *in pr. de C. & D.* Dum dixit , quod ſi per eum , in cujus perſona erat adimplenda conditio , quominùs impleretur , ſteterit , tam libertatis quam legati conditio adimpleta communi jure cenſeatur , quaſi ſentiat , quod ſi per ſervum non ſteterit , nec per eum , in cujus perſona erat adimplenda conditio , ſteterit , non communi ſed ſingulari benignoque jure pro impleta libertatis conditio habetur , quod in fideicommiſſaria non minus , (dum modo vel teſtatoris , vel hæredis , non ſi alienis ſervis fuerit relicta) quam in directa libertate ſervatur *dict. leg.* 55. *in pr.* §. 1. 2. *de manum. teſt.* argumento textus *in leg.Thais* 41. §. *intra certa tempora* 12. *de fideicomm. libert.* Si dicas : inſtitutus hæres , per quem non ſtat , quominus conditionem adimpleat , quatenus in ſe , teſtatoris judicio obtemperat : ergo adimplere conditionem non minus cenſebitur , quam ſi per eum in cujus perſona erat adimplenda conditio , factum quominus impleretur eſſet ; omiſſa Donelli ſolutione *dict. lib.* 8.*cap.*34 Reſpondebo , quod ubi per eum, in cujus perſona erat adimplenda conditio , quominus impleretur , ſtetit teſtatoris judicio fidum obſequium exhibuiſſe inſtitutus hæres cenſetur , teſtator quippe ejus in cujus perſona conditionem adſcripſit , utilitati proſpexit , cui cum reluctanti acquiri beneficium non debeat *leg. invito* 69. *de R. J. cum ſimil.* Hoc ipſo , quod beneficium accipere renuat, plenè creditur juxta teſtantis voluntatem ſatisfactum , quæ ratio deficit omnino , ubi per inſtitutum ſolum hæredem non ſtat , quominus impleat conditionem , quo caſu cum nec beneficium ei , in cujus perſona adſcripta conditio fuerat , nec ab eo magis accuſatum dici poſſit , nec collatum , nullo ſenſu aut ei ſatisfeciſſe , aut teſtatoris judicio obſecundaſſe inſtitutus hæres cenſetur , qui idcirco nec conditionem impleviſſe intelligitur : nec tunc obſtat quod *in dict. leg.*23. *in fin. hoc tit.* eas conditiones , *ſi uxorem duxerit* , *ſi dederit* , *ſi fecerit*, ita plerumque accipiendas ſi per inſtitutum hæredem non ſtet , quominus ducat , det , aut faciat, Marcellus ſcribit , nam intelligendus ita eſt , ut ſi per inſtitutum hæredem non ſteterit , & ſimul per eum ſteterit , in cujus perſona erat adimplenda conditio , juris cenſura pro impleta conditio habetur , ut ex eo conſtat, quod in ſpecie , quam exagitat , & ſupra expoſui *num.* 26. proximè dixerat , quod ſi mulier, cum qua conditionis adimplendæ cauſa incundæ ab altero ex fratribus nuptiæ fuerant ex eis neutri nubere noluerit , ambo ad æquales hæreditatis partes vocantur , quaſi ambo impleviſſe conditionem credantur Sed ſubtilis tunc, & ab interpretibus prætermiſſa occurit inſtantia : quidquid per naturam eſt impoſſibile, nec ſub fictionis , aut interpretationis terminis cadit *leg. ſi Pater fam.* 15. §. *ult. cum leg. ſeq. de adoptionibus* §. *minorem natu* 4. *inſt. de adopt. leg. confeſſionibus* 13. §. 1 *leg. ſi is* 14. *in pr.* & §. 1. *de interrog. in jur. fact.* Sed quod mulier utrique fratri nubat eſt impoſſibile , cum eadem duobus nupta eſſe non poſſit , §. *affinitatis* 6. & §. *ſocrum* 7. *inſt. de nupt.* Ergo nec ſub fictionis , aut interpretationis terminis cadit, ac per conſequens , quamvis neutri ex fratribus nubere mulier voluerit , ambo tamen uxorem eam duxiſſe , & conditionem impleviſſe cenſendi non ſunt : ergo eorum neuter debuit ad hæreditatem admitti ; reſpondendum tamen exiſtimo , fratres *in dict. leg.* 23. ubi ex eis neutri nubere mulier voluit , impleviſſe quidem conditionem cenſeri , verum non quaſi deſignatam à teſtatore perſonam uxorem ambo duxiſſent , quod induci per interpretationem non poſſet , ſed quia quemadmodum teſtator cum ex fratribus , cui nubere mulier noluiſſet, ad hæreditatis partem vocavit , ſic & ambos ubi eorum neutri nubere mulier voluiſſet , ad æquales creditor hæreditatis partes vocaſſe , & quaſi ambo hoc ipſo , quod eſſent nuptias inire parati , nolente muliere teſtatoris judicio paruerint : ſed nec obſtat textus *in leg. multa* 6. *in pr. de C. & D.* qui non de conditione ſed pœna hæredi appoſita loquitur , ſi monumentum certæ alicujus perſonæ arbitratu non extrueret , quæ ſi is , cujus erat arbitrium deceſſerit , aut adeſſe non poſſit , ideo non committitur , quia hæres , per quem non ſtetit,quominus deſignatæ perſonæ arbitrio monumentum extrueret , culpæ expers fuit , ſine qua pœnæ locus eſſe non poteſt , *dict. leg.*40. *de recept. arbitr.leg. aliud* 131. *in pr. de V. ſig. leg. ſancimus* 26. *verſiculo niſi intra primum tempus C. de fidejuſſoribus , leg. ſancimus* 22. *C. de pœnis. tradunt* Coſta *in dict.*§. *ſi arbitratu ampliat. ult. num.*41 & 42. Cujacius & Duarenus *in leg. ſi quis arbitratu* 43. *de V. O.* Donell. *in eadem leg.*43.*nu.*7. Nec obſiſtit etiam textus *in leg.quibus diebus* 40. *in pr. de C. & D.* Ubi per tertium cujus nec impleri conditionem intererat , adhibito impedimento pro impleta conditio non habetur , ſed ſi certo aliquo temporis ſpatio fuerit conditio circumſcripta , dies quibus à vicino via publica uti , eum ad parendum conditioni ire vellet ; prohibitus inſtitutus hæres, aut legatarius fuerit , nec per eum , quominus calumniam ſubmoveret , ſteterit , conditioni non imputari dicuntur , quod longè diverſum eſt , nam ſi pro impleta conditio haberetur , ingens præjudicium id ſentiret , in cujus perſona fuerat adimplenda ; at ex eo quod dies , quibus à vicino quis fuerit adimplere conditionem prohibitus , conditioni non imputentur, nullum ei, in cujus perſona debet adhuc impleri conditio, præjudicium irrogatur,nec hi , quorum non impleri conditionem intereſt, juſtè queri poterunt, cum inſtitutus hæres inevitabili impedimento detentus , quam intrà præfixum à teſtatore tempus implere conditionem non potuit, adimplere poſtea debeat , & in ſumma propter minoris longè præjudicii rationem facilius ex juſta cauſa adimplendæ conditionis terminus prorogatur , quam interpretativum conditionis inducitur implementum,textus elegans in *leg.* 3.§. *ſi conditioni* 31. *ad* Syllan. ut Goffre. *prævidit in dict. leg.*24. *de C. & D. num.* 19.

Majorem ſanè difficultatem continent textus 29
in leg. qua ſub condition 8. §. *mortuo* 7. *leg. qui ex fratribus* 24. *hoc. tit. leg. turpia* 54. §. 1. & 2. *de legatis* 1. *leg. filia* 28. *in pr. de C. & D.*

Digitized by Google

Ubi ex eo ſolum , quod per inſtitutum hæredem , aut legatarium non ſteterit quominus conditioni paruerit , quamvis per eum non ſteterit , cujus vel impleri vel non impleri conditionem iuterſit , veluti ſi ſervus conditionis adimplendæ cauſa manumitti juſſus deceſſerit , aut ea cum qua implendæ conditionis gratia contrahendum matrimonium erat , diem ſuum obierit , pro impleta conditio habetur , cujus contrarium in eiſdem terminis expreſſè ſcriptum invenimus, in *dict. leg.* 23. §. 2. *ad leg. Aquil. dict. leg.* 31. *in pr. & verſiculo nam cum uni de C. & D. dict. leg.* 4. *C. de conditione inſert.* ut vero Accurſii , & ejus ſequacium in prædictis juribus Goffredi *in dict. leg.* 31. *de C. & D. num.* 5. quem in effectu cum pluribus ſequitur Caſtillo *lib.* 2 *controv. cap.* 25. *num.* 82. & 83. & Antonii Fabri *in ration. ad textum in dict. leg.* 23. §. 2. *ad leg. aquil.* improbabiles ſolutiones omittant Cujacius 17. *obſerv cap.* 22. & *ad pandect. in dict. leg.* 54. §. 1. *de legatis* 1. & *ad tit. C. de condit. inſert.* Donell. *in dict. leg.* 1. *C. de inſtit. & ſubſt. num.* 11. Oſſuald. *dict. lib.* 8. *comment. cap* 34. *littera C.* Suarez de Mendoſa *lib.* 1. *ad leg. Aquil. cap.* 4. *ſect.* 1. *ex num.* 21. multum intereſſe reſpondent , an antè , an poſt quam adimpleri conditio jam potuerit , & debuerit citra inſtituti hæredis , aut legatarii , ejuſve cujus vel impleri, vel non impleri conditionem interſit , factum , fortuito aliquo caſu at tertii alicujus facto adimpleri poſſe deſierit , & primo caſu adimpletam conditionem ideo intelligi, quia imputari inſtituto hæredi , vel legatario non poteſt , quod non antè conditionem impleverit , quam etſi voluiſſet , adimplere nondum de jure potuiſſet , argumento textus in *leg. penult.* §. 1. *de C. & D.* Et ſic intelligendus textus in *dict. leg.* 8. §. 7. *hoc tit.* & *in dict. leg.* 54 §. 2. *de legatis* 1. in quibus quia ſervus adimplendæ conditionis cauſa manumitti juſſus , ſuperſtite adhuc teſtatore deceſſit , quo tempore poteſtativa illa conditio adimpleri nondum potuit , ex regula textus in *leg.* 2. *de C. & D. junctis quæ dixi præced. cap. num.* 4. *pro impleta conditio habetur* , & *in dict. leg.* 24. *hoc tit. dict. leg.* 54 §. 1. *de legatis* 1. *dict. leg.* 24. *in pr. de C. & D.* in quibus ſi vivo adhuc teſtatore ea deceſſerit , cum qua conditionis adimplendæ cauſa ineundæ nuptiæ fuerant , aut is diem ſuum obierit , cujus arbitrio contrahendum matrimonium erat , impleta conditio creditur, nam etſi adimpleri vivo teſtatore potuiſſet, adimpleri tamen non debuit , imo oneroſa adeo conditio , quæ impleta ſemel revocari per pœnitentiam non poſſet propter ſolam fallacis commodi ſpem ex deambulatoria teſtatoris voluntate adhuc pendentis, non niſi imprudenter antè ejus obitum impleretur , ut pro Cujacio *adverſus Maſium lib.* 6 *ſing. opin. cap.* 8. *ex num.* 5. Doctiſſimus modernus noſter diſputat ſcriptor *in ſuo verè Labeone illuſtrato lib.* 1. *ad textum in leg. ſi vehenda* 10. *in pr. ad leg.* Rhod. *de jact. num.* 12. ſecundo verò caſu adimpletam conditionem non credi , quia inſtituto hæredi vel legatario juſtiſſimè imputatur , quod non antè conditionem impleverit , & in his terminis accipiendus textus qui de conditione , quæ poſt teſtatoris mortem , & ſic poſtquam adimpleri & potuit , & debuit , fortuito caſu , vel alicujus tertii facto , adimpleri poſſe deſiit , expreſſim loquuntur in *dict. leg.* 23. §. 2. *ad leg. aquil. dict. leg.* 31. *de C. & D. dict. leg.* 4. *C. de condit. inſert.* hanc præterea Cujacii diſtinctionem ex eo confirmant Amaya 2. *obſerv. cap.* 12 *ex num.* 14. & *præcipue ex num.* 18. Cheſius 1. *interp. cap.* 23. *num.* 6. *cum* 2. *ſequentibus* & D. Retes *in M. S. relect. ad textum in leg. impoſſibilis* 7. *de V. O. num.* 17. quod poteſtativa conditio , quæ priuſquam adimpleri potuerit , impleri poſſe deſierit , ex tunc redditur impoſſibilis , & pro non ſcripto habetur *dict. leg.* 6. §. 1. *de C. & D.* juncta generali regula textus in *leg.* 1. *hoc tit. cum ſimil.*

30 Verum hæc Cujacii ſolutio , ſive diſtinctio , tametſi doctiſſimis probata viris, ex pluribus diſplicet ; 1°. Quod eo tempore , quo nondum adimpleri potuit , & debuit , adimpleri conditio poſſe deſierit , probat quidem per inſtitutum hæredem , aut legatarium non extitiſſe , quominus conditioni pareret , non tamen evincit , per eum ſtetiſſe cujus vel impleri , vel non impleri conditionem intererat, ſed quod per inſtitutum hæredem , aut legatarium non ſteterit , quominus conditioni pareret , niſi per eum ſteterit , cujus vel impleri , vel non impleri , conditionem interſit , interpretativum conditionis implementum non inducit , cum peculiare illud , & ſingulare libertatis jus ſit , ut ex eo ſolum , quod per ſtatu liberum non ſteterit , quominus conditioni pareret , quamvis nec per eum ſteterit , cujus vel impleri vel non impleri conditionem interſit , pro impleta conditio habeatur , ut dixi *num.* 28. ergo licet eo tempore , quo nondum adimpleri potuit , & debuit , adſcripta inſtitutioni , vel legato conditio , fortuito aliquo caſu , vel alicujus tertii facto adimpleri poſſe deſierit , non ideo adimpleta debet intelligi. Aſſumptum probo ex inevitabili & ignoto ad rem textu *in leg. ſtichus* 39. §. *ſi ſtichus* 1. *de ſtat. lib.* ubi cum relicta libertas ita fuiſſet ? *ſtichus Aſiæ mille nummos dederis , liber. eſto.* Et Aſſia vivo teſtatore deceſſiſſet , libertatis conditionem defectam Labeo , & Ofilius exiſtimabant , ex contrario Trebatius ſivè ante factum , ſivè poſt factum teſtamentum Aſſia deceſsiſſet , pro impleta habendam conditionem aiebat. In qua controverſia Labeonis , & Ofilii ſententiam rationem quidem habere Javolenus agnovit, verum hoc jure nos uti reſpondet , ut pro impleta juxta Trebatium conditio habeatur , & ſervus ex teſtamento liber fiat , quaſi dicat , quod licet communi jure conditio revera defecerit , nec interpretativo ejus implemento ſit locus , ſingulari tamen jure impleta propter favorem libertatis cenſetur. Tum ſic , en ubi poteſtativa illa conditio ſuperſtite adhuc teſtatore , quo tempore nec adimpleri potuit , nec debuit , *dict. leg.* 2. *de C. & D.* Fortuito caſu per ejus videlicet obitum, quæ acceptura mortis cauſa pecuniam erat , adimpleri poſſe deſiit , & tamen non communi , ſed ſingulari potius jure pro impleta propter libertatis favorem habetur : ergo hæredis inſtitutioni , vel legato adſcripta conditio , quamvis eo tempore quo adimpleri nondum potuit , fortuito aliquo caſu adimpleri poſſe deſierit , ſingulari illo jure ceſſante , cui in libertatis conditione dumtaxat eſt locus ,

Digitized by Google

pro impleta habeti non poteſt. 2°. Si ex eo ſolum impleta conditio crederetur quod eo tempore adimpleti fortuito caſu deſiiſſet, quo imputari inſtituto hæredi, vel legatario non poſſet, quod non antè conditionem impleviſſet, utiquè & ubi poſt teſtatoris obitum ante apertas teſtamenti tabulas adimpleti poſſe fortuito caſu conditio deſiiſſet, impleta juris cenſura crederetur, regulariter namque antè apertas teſtamenti tabulas quisnam hæres ſcriptus, qubus relicta legata, & generaliter quidnam in teſtamento ſcriptum ſit, penitus ignoratur, *leg. pupillares 9. quemadmodum teſt. aper. leg. ult. ad Trebell. juncto §. ſin autem 3. inſt. de pupill. ſubſt.* Expreſsior elegantiorque textus *in leg. cum heres 24. de liberat. leg.* Ei autem qui ſe hæredem inſtitutum, aut relictum ſibi legatum, juſtè propter uoodum teſtamenti tabulas apertas ignorat, *leg. 3. §. 31. ad Syllan.* imputari profecto non poteſt, quod nondum, quam ignorabat, conditionem impleverit; atqui ſi mixta legato adſcripta conditio fortuito caſu veluti per ejus obitum, in cujus perſona erat adimplenda, aute apertas teſtamenti tabulas adimpleri poſſe deſierit, impleta juris cenſura non creditur, expreſſus textus in *dict. leg. 31. de C. & D.* ergo ex eo ſolum, quod eo tempore fortuito caſu conditio adimpleri poſſe deſierit, quo imputari inſtituto hæredi, vel legatario non poſſit, quod autè conditionem impleverit, pro impleta juris cenſura non habetur. 3°. nam *in dict. leg. 24. hoc tit.* Si ſic fuerit inſtitutio concepta: *qui ex fratribus meis Titiam conſobrinam uxorem duxerit; ex beſſe hæres eſto: qui non duxerit, ex triente heres eſto:* & vivo adhuc teſtatore conſobrina deceſſerit, ideo pro impleta conditio habetur, & fratres ambo ad æquales hæreditatis partes vocantur, qoia verum eſt, (quæ Papiniani ſunt verba, *) eos heredes inſtitutos, ſed emolumento portionum eventu nuptiarum diſcretos.* En ubi vivo adhuc teſtatore, quo tempore neutri ex fratribus, quod nondum uxorem conſobrinam duxiſſet, poterat imputari, nuptiarum conditio fortuito caſu adimpleri poſſe deſiit; & tamen Papinianus ad hoc ut interpretativum implementum conditionis admittat, ad ſpecialem illam rationem recurrit, cujus verum poſtea ſenſum exponemus: ergo regulariter, quod eo tempore conditio adimpleti poſſe fortuito caſu deſierit, quo imputari inſtituto hæredi non poſsit, quod non antè conditionem impleverit, interpretativum conditiouis implementum non induci. 4°. Nam in *dict. leg. 23. §. 2. ad leg. Aquil.* ſive vivo, ſive mortuo teſtatore occiſus ab extraneo ſit ſervus, quem inſtitutus hæres conditionis adimplendæ cauſa manumittere juſſus erat, Ulpianus pro impleta non haberi conditionem reſpondet, poſtquam enim dixerat, quod ſi ſervus ſit poſt mortem teſtatoris occiſus, inſtitutus ſub ea conditione hæres in ſervi æſtimationem hæreditatis etiam pretium conſequitur, quia propter occiſionem conditio defecit, ſubjecit, quod ſi ſervus vivo teſtatore fuerit occiſus, hæreditatis ceſſat æſtimatio, quia retrorſum, quanti primi fuit, inſpicitur, quæ ratio ſuppouit ſanè etiam vivo teſtatore occiſo ſervo, quo tempore quod eum nondum manumiſiſſet, imputari inſtituto hæredi non poſſet, pro impleta conditionem non haberi, alioquin & importuna, & de non ſuppoenti ſubjecto eſſet, cui ponderationi Donell. Suarez de Mendoſa & Retes (*anteriori laudati num.*) reſpondere fruſtra conantur. 5°. Nam in *dict. leg. 4. C. de condit. inſert.* non de conditione quæ poſt mortem teſtatoris adimpleri poſſe deſiit, tractatur, imo indefinitè mixtam nuptiarum conditionem quæ fortuito caſu adimpleti poſſe deſierit, pro impleta non habenda deciditur; 6°. Nam *in dict. leg. penult. §. 1. de C. & D.* ſi ſic relictum legatum ſit, *ſi Mævio, & Seio centum Titius praſtiterit, ei fundum lego.* & Mævius antè accepta quinquaginta deceſſerit, quamvis ſtricto jure perire legatum debuiſſet, benigna tamen interpretatione dicendum Pomponius decidit, quod ſi antè Titii legatarii mora mævius deceſſerit, ſi quidem Seio quinquagenta Titius dederit, dimidiam legati partem conſequitur, ſupponens & rectè pro dimidia altera parte legatum ex defectu conditionis extingui, cum tamen legatarii ante motam, & ſic eo tempore, quo imputari legatario non poterat, quod nundum conditioni paruiſſet, fortuito caſu conditio adimpleri poſſe deſiit, taodem oec ex eo quod poteſtativa mixtave conditio, quæ priuſquam adimpleri potuerit, aut debuerit, fortuito caſu, aut alicujus tertii facto adimpleti poſſe deſierit, impoſſibilis ex tunc reddatur, qund pro non ſcripta ſit habenda deducitur, quod enim vulgo dicitur, & verum eſt, hæredis inſtitutioni adjectam impoſſibilem conditionem pro non ſcripta haberi, *dict. l. 1. hoc tit. cum ſimil.* ad eam conditionem ſpectat, quæ teſtamenti tempore ſit impoſſibilis, prout *in dict. l. 6. §. 1. de C. & D.* ubi ex certis ſervis, quos inſtitutus hæres conditionis implendæ cauſa manumittere juſſus erat, quoſdam antè factum teſtamentum deceſſiſſe conſtat *ex verſiculo ſed ſervus* ut poſt Goffredum in eo textu tenet Bened. Pinell. 1. *ſelect. cap. 15. num. 18.* & vel ipſe agnoſcit Amaya *dict. lib. 2. obſerv. cap. 12. num 9. cum 3. ſequentibus.* Non ad eam, quæ cum poſſibilis teſtamenti tempore poſſet, fortuito poſtea caſu, vel tertii alicujus facto impoſſibilis eſſe cæpit, vera namque ſuperioris regulæ ratio, quam ex Donello, Cujacio, Duareno, Antonio Gomez, & aliis præſtat Retes *in dict. l. 7. de V. O. num. 7.* in ea dumtaxat militat conditione, quæ impoſſibilis teſtamenti tempore jam eſt, ut conſideranti patebit.

31 Specioſiorem aliam inter præfata jura conciliationis viam excogitavit D. Ramos *lib. 2. ad l. Jul. & Pap. cap. 18. num. 8. & lib. 4. reliq. 35. num 28.* ſupponit, quod licet olim conditionis defectus vivo teſtatore contingens in quaſi caduci cauſa relictum conſtitueret, *l. unica §. & cum triplici 2. C. de caducis* conditionis tamen defectus poſt mortem teſtatoris, quamvis antè apertas tabulas teſtamenti contingens caducum relictum non conſtituit, ut ipſe docuerat *dict. reliq. 35. num. 13. cum 2. ſequentibus.* Inde deducit quod poteſtativa mixtavè conditio, quamvis ſi poſt teſtatoris mortem fortuito caſu, vel alterius tertii facto, adimpleri poſſe deſiiſſet, pro impleta non habetetur, ſi tamen id vivo adhuc teſtatore contigiſſet, in fiſci odium adimpleta juris cenſura credebatur, & quod hac diſtinctione retenta, inter ſe ea jura facilè conciliantur. Sed nec

Digitized by Google

veriorem hanc conciliationem exiſtimo non quia nullum ex præfatis juribus inſcriptionem habeat *ad leg.* Jul. & Pap. Nec enim ignoro in pluribus Conſultorum deciſionibus ſimilem inſcriptionem non habentibus, quas nunc recenſere foret otioſum, ſæpè caducorum latere myſterium, ſed quia ſi vera foret, non peculiare & ſingulare libertatis jus illud eſſet, ut ſi poteſtativa conditio, ſuperſtite adhuc teſtatore fortuito caſu adimpleri poſſe deſierit, impleta juris interpretatione credatur. Quod tamen peculiare libertatis jus eſſe conſtat ex textu, quem *præcedenti num.* expendi *in dict. l.* 39. §. 4. *de ſtat. lib. & quia in dict. l.* 4. *C. de condit. inſert.* generaliter docemur legato mixtam conditionem adſcriptam, quæ fortuito caſu adimpleri poſſe deſiit, pro impleta non haberi, nec an vivo, an mortuo teſtatore, id acciderit diſtinguitur. Et denique prædictæ diſtinctionis ratio ceſſat omnino in hæredum inſtitutionibus, nec enim conditionis defectus, quamvis vivo teſtatore contingens, quaſi caducam hæreditatem ejus partem conſtituit, ex his quæ circa totam hæreditatem dicebam *ad tit. quando dies l. ced. cap.* 1. *num.* 8. & 12. circa hæreditatis partem ipſe docet Ramos *dict. reliq.* 35. *num.* 23. *cum* §. *ſequentibus* & tamen poteſtativa mixtave conditio inſtitutioni adſcripta, quæ vivo adhuc teſtatore fortuito caſu adimpleri poſſe deſiit, impleta cenſeri dicitur, *in dict. l.* 8. §. 7. & *in dict. l.* 24. *hoc tit.* quod ergo poteſtativa, mixtavè conditio, quæ vivo adhuc teſtatore fortuito caſu, vel alicujus tertii facto, adimpleri poſſe deſiit, impleta nonnumquam juris cenſura credatur, non ex fiſci aut caducorum odio deſcendit, prout doctiſſimus anteceſſor noſter credebat, quo in hæreditatibus doctrinam ſuam verificari non poſſe prævidit *dict. reliq.* 35. *num.* 28.

32 Tenendum itaque firmiter eſt, quod inſtitutioni adſcripta poteſtativa mixtavè conditio, ex eo ſolum quod fortuito caſu aut alterius tertii facto, impleri poſſe deſierit, ſivè vivo, ſivè mortuo teſtatore, ſivè antè, ſive poſtquam imputari inſtituto hæredi poſſit, quod non antè conditionem impleverit, id contigerit, pro impleta habenda non eſt, ut evincitur ex dictis *num.* 28. & *num.* 30. nec contrarium probant textus adducti *num.* 29. nam textus *in dict. l.* 8. §. 7. *hoc tit.* (omiſſa Donelli ſibi contrarii ſolutione *dict. lib.* 8. *comment. cap.* 34. quæ convinci facile poteſt, tum ex regula textus *in leg.* 1. *C. de his, quæ ſub modo tota* tum ex diſerto textu *in dict. l.* 71. §. *ult. verſic. antè nuptias de C. & D.* cui nec reſponderi pro Donello cum Coſta poterit, *in* §. *ſi arbitratu limit.* 6. *num.* 29. & 30. quæ jam impugnavi *num.* 26. & Coſta *ipſe lib.* 2. *ſelect. cap.* 22. *num* 7. *cum* 3. *ſequentibus* idem in præſenti de modo, quod de conditione dicendum ſubtiliſſimè fundat) ita intelligendus meo quidem judicio eſt, ut ſub ea conditione inſtitutus hæres *ſi juraſſet ſe Stichum manumiſſurum*, ſi quidem Stichus antè factum teſtamentum deceſſerit, conditione defectus non dicatur ex regula textus *in dict. l.* 6. §. 1. *de C. & D.* nam & jurisjurandi conditio à prætore remittitur, & quamvis ea remiſſa quaſi in vim modi id adhuc dare, vel facere inſtitutus hæres cogatur, quod jurare juſſus erat *dict. l.* 8. §. *quoties* 6. id tamen fallit, quoties impoſſibile illud eſt, quod jurare juſſus fuit, cum impoſſibilis modus pro non ſcripto ad inſtar impoſſibilis conditionis propter rationis identitatem habeatur. Nec quod vivo teſtatore Stichum deceſſiſſe Ulpianus proponit, arguit poſt teſtamentum factum deceſſiſſe, nam verba illa, *vivo teſtatore*, nonnumquam nondum facti teſtamenti tempus ſignificant, ut in textu ſic intelligendo *in leg.* 1. §. *ult. de regula Catoniana.* & in eo ſenſu apud Ulpianum *in dict.* §. 7. accipienda ſequens ſuadet ejuſdem §. 1. verſiculus *idem eſt*, ubi ita inſtitutus, *heres eſto: ita ut ſtichum manumitas*, mortuo Sticho ideo ab hæreditate non ſubmovendus dicitur, quia non videtur conditione, (ideſt modo, qui conditionis vicem gerit, *dict. leg.* 1. *C. de his quæ ſub modo*) defectus *ſi parere conditioni non poſſit, implenda eſt enim voluntas ſi poteſt*, quæ ratio cum referri ad eum caſum non poſſit, quo poſt factum teſtamentum ſtichus deceſſerit, *ex ſupra dictis*, ut ad eum potius caſum referatur, ſupereſt, quo antè factum teſtamentum deceſſerit & ad quem integrum ejus §. contextum referendum exiſtimo: faciliori ſanè opera exponitur textus in *dict. leg.* 24. *hoc tit.* in cujus ſerie vivo teſtatore conſobrina defuncta (idem juris eſſet, & ſi poſt teſtatoris mortem deceſiſſet, ut probat infinita, & generalis deciſio textus in *dict. leg.* §. 6. *de bon. poſſ. ſecundum tabulas*) impleta conditio creditur, & fratres ambo ad æquales hæreditatis partes vocantur, non quia inſtitutiones de quibus in eo textu non ſint conditionales, quas imo vere, & proprie conditionales eſſe conſtat ex *dict. leg.* 9. §. 10. *cum* §. *ſeq. de hered. inſt. dict. leg.* 23. *hoc tit.* & ex *dict. leg.* 2. §. 6. *in fin de bon. poſſ. ſecundum tabulas*, & doctè fundat Benedict. *Pinell.* 2. *ſelect. cap.* 5. *ex num.* 5. Sed potius quia ſuperior regula quæ habet pro impleta poteſtativam mixtamve conditionem ex eo ſolum non habendam, quod vel vivo, vel mortuo teſtatore fortuito caſu, adimpleri poſſe deſierit, ceſſat quoties aliud conjecturata teſtatoris ſuadet voluntas, quæ conditiones gubernat, in præſenti autem id voluiſſe teſtator creditur, ut ſi per neutrum ex fratribus ſtetiſſet, quominus alteruter conſobrinam uxorem duceret, impleviſſe ambo conditionem cenſeantur, qui cum expreſſè unum ex fratribus, qui conſobrinam uxorem non duxiſſet, ſeu per quem non ſtetiſſet, quominus eam uxorem duceret, ad hæreditatis partem vocarit, & utrumque utique ubi per neutrum, quominus uxorem conſobrinam duceret, ſtetiſſet velut ſi conſobrina re integra ante nuptias contractas deceſſiſſet, creditur ad viriles hæreditatis partes vocaſſe, ut ſi ex voluntate, quam circa unum ex fratribus teſtator expreſſit, colligatur mens, ſeu voluntatis conjectura ad utrumque, quem ſenſum reddunt illa Papiniani verba, quæ deciſivam rationem præ ſe ferunt, *quia verum eſt eos heredes inſtitutos, ſed emolumento portionum eventu nuptiarum diſcretos*, quaſi diceret conſultus fratres ambos in omnem eventum eſſe conſtitutos, niſi per utrumque quominus alteruter conſobrinam uxorem duxerit, ſteterit, ita tamen, ut ſi eorum alter uxorem conſobrinam duxerit, ex beſſe hæres fiat, hæ-

Digitized by Google

reditatis autem triens ad fratrem alterum ſpectet, ſi vero per eorum neutrum, quominus alter utet conſobrinam uxorem ducat, ſte terit, ambo ex conjecturata teſtantis volunate ad æquales hærediatis partes vocentur, prout ingenioſè Papinianum interpretatur, Bened. Pinell. *dict. lib. 2. ſelect. cap. 5. num. 11. & 12. num. 33.*

33 Nec difficiliores ſunt textus in *dict. leg. 54. §. 1. de legatis 1. & in dict. leg. 28. in pr. de C. & D.* in quibus ideo ſi mulieri ſub ea conditione relictum legatum ſit, *ſi arbitratu Titii nupſerit*, & Titius vivo adhuc teſtatore deceſſerit, mulier poſtea nubens conditione defecta non creditur, imò ad legatum admittitur, quia ſub duabus conditionibus relictum intelligitur, nimirum *ſi nupſerit* & ſi arbitratu Titii nupſerit, quarum prima & poteſt adhuc, & debet adimpleri, ſecunda vero utpotè quæ moram, & impedimentum aliquod nuptiis infert, ex legis ſententia remittitur, quæ ea fuit, ne aliquod omnino impedimentum per conditionem nuptiis inferretur, & quemadmodum quamvis ſuperſtes Titius adhuc eſſet, mulier tamen ejus arbitrio non expectato, aut ejus irrequiſito conſilio nubens ad legatum admitteretur, ſic & ubi Titius, ſive vivo ſive mortuo teſtatore deceſſit, poſtea nubens ad legatum admittitur, abſurdiſſimum namque foret, & alieni arbitratus conditio, quæ ſuſpenſa pro nihilo foret, ideſt, quæ etſi maximè adhuc penderet, expectanda tamen non eſſet: deficiens legatum extingueret, ut eleganter de more in terminis ratiocinatur Papinianus in celebri textu in *leg. cum tale 72. §. ſi arbitratu 4. de C. & D.* & doctiſſimè tradit Coſta in *dict. §. ſi arbitratu ampliat. ult. ex num. 1. uſque ad 18.* & conciſè docent Cujacius *lib. 18. quæſt. Papiniani* in *dict. leg. 72. §. 4. &* Ramos *dict. lib. 4. reliq. 27. numero* 10. illud vero tamquam obſervatione dignum, animadverto, textum in *dict. leg. 72. §. 4.* improbare omnino, quæ ſupra jam rejecimus, Cujacii & D. Ramos opiniones, ait namque Papinianus quod ſi Titius, cujus arbitratu mulier conditionis adimplendæ cauſa nubere juſſa fuerat, vivo teſtatore deceſſerit, quamvis conditio deficiat, mulieri tamen à lege ſuccurritur, quæ conditionem remittit, ſi igitur alia legato foret adſcripta conditio, quam lex remitteret, quamvis vivo adhuc teſtatore, fortuito caſu adimpleri poſſe deſiiſſet, impleta juris cenſura juxta Papinianum non crederetur, qui ſic expenſus mirificè ſententiam noſtram confirmat. Difficilior ſine dubio eſt textus in *dict. leg. 54. §. 2. de legatis 1.* Verum Donnelli ſolutione omiſſa *dict. lib. 8. cap. 34.* quam evertunt textus in *leg. 2. §. ult. & in leg. 3. de donat.* ex quibus exponendus eſt textus qui quamvis à Donnello non adducatur, cum juvare poſſet videri, nec tamen juvat in *leg. 3. §. quid ſi ita 3. verſiculo ſed ſi Stichus & dict. §. quin imò 4. de condictione cauſ. dat.* ſi rectè intelligatur D. Retes *2. opuſc. ſect. 2. cap. 7. ex n. 1. & præcipuè num. 7.* vel dicendum erit ſervum quem in *dict. leg. 54. §. 2.* Legatarius conditionis implendæ cauſa manumittere juſſus erat, ante factum teſtamentum deceſſiſſe, & idcirco conditionem, tanquam impoſſibilem pro non ſcripta haberi prout ſenſiſſe Dionyſius Gothofredus videtur, qui in marginalibus ejus textus notis in confirmationem adducit textum in *dict. leg. 6. §. 1. de C. & D.* in cujus ſerie quoſdam e ſervis, quos inſtitutus hæres adimplendæ conditionis cauſa manumittere juſſus erat, ante factum teſtamentum deceſſiſſe (& idcirco conditionem, tamquam impoſſibilem pro non ſcripta haberi) ponendum dixi *num. 32. circa fin.* vel ſi alicui hæc diſplicuerit interpretatio ex eo quod & *§. 1. ejuſdem leg. 54.* & deciſiva ratio textus in *dict. §. 2.* Pomponium non de impoſſibili teſtamenti tempore, ſed ea, quæ jam poſſibilis teſtamenti tempore fuiſſet, quia fortuito mortalitatis caſu adimpleri poſſe deſiit, impoſſibilis ex poſt facto eſſe cœpit, arguunt diſputare in re difficili, dum meliorem alius ſolutionem attulerit, dici interim poſſe credebam Pomponii deciſionem in *dict. leg. 54. §. 2.* ad eum debere caſum reſtringi, quo ſervus conditionis adimplendæ cauſa manumitti juſſus, nec manumitteret, ipſe ſibi mortem conſciverit, veluti ſi ſe ex alto præcipitaverit, vel laqueo ſuſpenderit, *ut in leg. ſed ſi damnum 9. §. ſi ipſe ſervus 7. de peculio, & in leg. cum autem 23. excipitur 3. de ædilit. edict.* & in quo juris cenſura conditio pro impleta merito habetur, cum per ſervum ipſum, qui nec aliter ſui manumiſſionem poterat impedire argumento textus in *leg. penult. & ult. de manumiſſ.* & ejus adimpleri conditionem maximè intererat, ut ingens libertatis acciperet beneficium, & in cujus perſona erat adimplenda conditio, quominus ipſe manumitteretur, ſeu quominus conditio adimpleretur, ſteterit, quod non poteſt non interpretativum conditionis implementum inducere juxta regulam textus in *dict. leg. 24. de C. & D.* Nec divinatoriam noſtram hanc interpretationem aliquis dicat, quam & illa textus verba perſuadent; *ſed etſi ſervi mors impediſſet manumiſſionem.* Quibus impeditam manumiſſionem aſſeritur, quæ licet per naturalem ſervi mortem impropriè impedita dici poſſet, proprius tamen per violentam, quam ſervus ipſe mortem ſibi conſciverit, dicitur impedita, & deciſiva illa textus ratio firmat, quod ſcilicet per legatarium, quominus manumitteretur ſervus, non ſtetit, quæ cum per ſe ſola interpretativum conditionis implementum non inducat, ut ex hactenus diſputatis apparet, ſupponit omnino per ſervum ipſum, quominus manumitteretur, ſtetiſſe argumento textus ſic intelligendi in *leg. mulier 20. in pr. hoc tit.* Quod ita demum in Pomponii terminis verificabitur, ſi ſervum ipſum juxta novam noſtram interpretationem, ne manumitteretur, mortem ſibi conſciviſſe ponatur.

Verum adhuc mixtam conditionem quæ for- 34
tuito caſu adimpleri poſſe deſiit, ex eo ſolum, quod per legatarium quominus eam impleverit, non ſteterit, impletam juris interpretatione cenſeri, difficiles probare videntur textus *in leg. qui quatuor 30. §. uxori 5. de legatis 3. leg. annua 20. in pr. de annuis legat. l. Caio 13. §. 1, l. libertis 18. §. 1. & 2. l. Stichus 20. §. ult. de alim. legat. l. ſi quis ita 8. l. illis libertis 84. de C. & D. l. 1. C. de legatis.* quibus obſiſtere videtur textus *in leg. ſcio 10. in pr. de annuis legat.* quæ jura ut breviter explicem, certa ab incertis ſeparare prius duxi, expeditum illud eſt, quod ſi alicui ſimplex delegatum veluti fundi, ſub ea fuerit conditione relictum, *ſi cum matre vel liberis teſtatoris fuerit moratus* ſi quidem Legatarius, quamdiu mater, vel teſtato-

Digitized by Google

ris liberi vixerint, cum eis fuerit moratus, vel ab eis una commorari fuerit prohibitus, quamvis poſtea mater, vel liberi teſtatoris decedant, non ideo defecta, imò adimpleta conditio dicitur, quia ſic conceptum legatum ſub initiativa ſolum conditione relinquitur, quæ licet ſuperſtitibus adhuc matre, vel liberis poſſit deficere, antè eorum tamen obitum adimpleta dici non poteſt, ex regula textus *in dict. l. 72. in pr. & §. 1. & in dict. l. 101. §. Socrus 3. de C. & D.* in quibus videndus Cujacius 18. *quæſt. & 8. reſponſ. Papin.* & in his terminis quatenus de ſimplici militiæ legato loquitur, intelligendus textus *in dict. l. 18. §. 2. de aliment. legat.* advertunt rectè Goffred. *in dict. l. 84. de C. & D. num.* 1. & cum aliis Atias de Meſa *2. variar. cap. 7. num.* 12. 14. & 15. cæterum ſi annuum legatum ſit, ſub ea conditione relictum, certum etiam eſt, quod legatarius pro eis annis, quibus à matre, vel teſtatoris liberis una commorari fuerit prohibitus, ad legatum admittitur, cum per eos, in quorum perſonis erat adimplenda conditio, quominus impleretur ſteterit, niſi juſtam ſimultaneæ habitationis recuſandæ cauſam mater, vel liberi teſtatoris habuerint, ut probant à ſimili textus *in leg. Mevia 13. in pr. de ann. leg. & in dict. l. 101. §. ult. de C. & D.* in quibus is cui ſub ea conditione, *ſi filiæ vel nepotis negotia geſſiſſet*, relictum annuum legatum erat à filia vel nepote negotia fuerit adminiſtrare prohibitus, impleviſſe conditionem cenſetur, niſi propter fraudem, aut ſummam negligentiam fuerit ab adminiſtratione remotus, conducit regula textus, *in dict. l. 37. de ſtat. lib.* & ab ſpecie probat textus *in dict. l. 30. §. 5. in pr. de legatis 3.* ubi ſub ea conditione, axori relictum legatum, *dum cam filio Capnæ erit*, quod annuum eſt, pro eis annis, quibus filius à matre migraverit, ad matrem ſpectat, quæ impleviſſe conditionem cenſetur, ut explicat Coſta *2. ſelect. cap. 19. num.* 1. evincunt hoc ipſum textus *in dict. l. 34. §. 4. de legatis 1. & in dict. l. 13. §. 1. verſiculo item conſultus de aliment. legat.* compertum etiam eſt, quod ſi legatarius cum matre vel liberis teſtatoris aliquo licet brevi tempore cæperit commorari, quamvis poſtea ex juſta aliqua cauſa cum eis commorari deſierit, ad prioris anni legatum admittitur, non ad ſequentium anootum legata, niſi vel commorari cæperit, vel ab eis fuerit prohibitus, ut evincunt textus *in dict. l. 30. §. 6. verſiculo ſin autem in aliud municipium, & in dict. l. 8. de C. & D.* quos ſic intelligont Goffred. *in dict. l. 84. hoc tit. num.* 8. & Coſta *dict. lib. 2. ſelect. cap. 13. per tot.* videndus omnino pro conciliatione textus *in dict. l. 30. §. 5. cum l. Julianus 17. §. 1. l. ſi quis Titio 41. l. ſi quis ſtipulatus 43. ex ſequentibus cauſ. major.* Qui & ultimum verſiculum textus *in dict. l. 30. §. 5.* optimè ioterpretatur *dict. lib. 2. cap. 19. num. 1. & 5. cui & ſubſcribit* Amaya *1. obſerv. cap. 6. num* 32.

35 Hæc ſupradictis juris regulis citra interpretativum conditioois implementum rectè conveniunt; cæterum ſi is, eum quo adimplendæ conditionis graria commorari, vel cujus negotia quærere legatarius juſſus erat deceſſerit, an ex tunc annuum ſub ea conditione relictum legatum extinguatur, inveſtigare difficillimum eſt; quæſtionis reſolutio ex eo pendet, otrum ſcilicet defecta, utrum adimpleta conditio credatur, in qua re (ut ex dicendis facilè rejiciendam Donnelli ſententiam omittam *in dict. l. 1. C. de legatis ex num. 3. & dict. lib. 8. cap.* 34. cui oec favet textus *in l. 4. §. Stichus 5. verſiculo ſed etſi ſtat. lib. quem ex leg. arboribus 12. §. de illo 3. de uſufructu* eleganter explicat præceptor meus *D. D.* Didacus de la Serna *in academ. de locato cap. 5. num.* 10.) *ſubtilis* Coſta *dict. lib. 2. ſelect. cap. 19. num. 1. circa fin. cum 3. ſequentibus & ex eo* Atias de Meſa *dict. lib. 2. var. cap. 7. ex num. 22. cenſuerunt* conditionis, ſub qua annuum relictum legatum fuerit, attendi verba debere, plurimumque referre, an ſic fuerit adſcripta conditio, *ſi moratus fuerit, ſi negotia geſſerit*, an vero ſic fuerit concepta, *quamdiu vel dum moratus fuerit aut negotia geſſerit*, ita ut 1°. modo adjecta conditio, ſi quamdiu is ſoperſtes fuerit, cum qoo commorari, aut cujus negotia gerere legatarius juſſus erat, fuerit impleta, pee ejus obitum non defecta, imò adimpleta perfectè dicatur, nec ſub ea relictum annuum legatum extinguatur, juxta textus qui expreſſè in terminis ſic adſcriptæ conditionis loquuntur *in dict. l. 20. de ann. leg. dict. l. 18. §. 1. dict. l. 20. §. ult. de alim. leg. dict. l. 84. de C. & D.* quamvis enim multiplex annuum legatum ſit, & tot in eo ſint legata, quot anni *l. 4. l. cum in annos 11. de ann. legatis.* omniom tamen legaturum una ſolum eouditio eſt, quæ per ejus obitum, cum quo morari, aut cujus negotia gerere legatarius juſſus etat adimpleri perfectè dicitur ut *anteriori num.* vidimus; 2°. Vero modo concepta cooditio per ejus obitum, eum quo habitare, vel cujus negotia adminiſtrare juſſus legatarius ſit, deficere omnino dicatur, quoties enim ſub ſic concepta conditione annuum legatum relinquitur, quot ſunt legata, tot etiam ſunt conditiones, expreſſus textus *in dict. l. 101. §. ult. de C. & D.* quæ per ejus obitum in cujus perſona fuerant adimplendæ, pro ſequentibus annis deficiunt, & pro quarum defectu annuum legatum extinguitur ex regula textus *in dict. l. 4. de condit. inſert. cum ſimil.* niſi alimeotorum legatum fuerit ſub ſic concepta conditiooe relictum, quod quia ex præſumpta teſtantis voluntate in ipſius legatarii gratiam creditur adſcripta conditio, per ejus obitum, in cojus perſona habitandi, vel negotia gerendi erat adimplenda conditio, non expirat, ſed adhoc perſeverat, juxta ſic accipiendos textus *in dict. l. 13. §. 1. de alim. legatis, & in dict. l. 1. C. de legatis.* qood tamen, ſi ſub. 1°. modo concepta fuiſſet conditiono relictum, etiam inſpectis conditionis verbis adhuc perſeveraret, quin opus eſſet ad voluntatis conjecturam recurrere, ut ſi ioter ſe conferantur, probare textus *in dict. l. 84. de C. & D. & in dict. l. 1. C. de legatis.* Ubi ſupra Coſta contendit; hæc tamen opinio, niſi majori explicatione donetur, diſplicet, nam ſi ſimpliciter accepta vera foret, an annuum, an ſimplex legatum fuiſſet 1°. ſub modo concepta conditione relictum, nihil referret, imo tam annuum quam ſimplex ſic relictum legatum, unam eamdemque iniriativam conditionem haberet, & nec cedere, nec peti antè ejus implementum poſſet, ex regula textus *in leg.* 5.

§. 2.

Digitized by Google

§. 2. *quando dies. leg.* Sed licet ſimplex ſic relictum legatum, non niſi poſt ejus obitum, in cujus perſona fuerit adimpleta conditio, & ſic poſt conditionis implementum cedat, *dict. leg.* 18. §. 2. *de alim. leg. dict. leg.* 72. *in pr. &* §. 1. *de C. & D.* annuum tamen ſic relictum legatum, quamdiu legatarius conditionem, vel revera impleverit, vel impleviſſe credatur cujuſcumque anni initio, & cedit, & peti cum effectu poteſt, quin ejus obitus expectetur, cum quo habitare, vel cujus adminiſtrare negotia juſſus legatarius eſt, ut expreſſè conſtat ex *dict. leg.* 30. §. 5. *de legatis* 3. *dict. leg.* 18. §. 1. *dict. leg.* 20. §. *ult. de alim. leg. & innuitur in dict. leg.* 20. *in pr. de ann. legat. & in dict. leg.* 84. *de C. & D.* ergo annui legati ſub primo illo modo concepta conditione relicti, non una conditio eſt, imo tot ſunt conditiones, quot annua legata, ac per conſequens, an primo an ſecundo modo annui legati conditio concipiatur, nihil intereſt. Rurſus in dict. leg. 10. in pr. de annuis leg. ſub primo illo modo annui legati concepta conditio proponitur, & tamen per ejus obitum deficit, cujus negotia legatarius gerere juſſus erat, & ex ejus defectu annuum legatum extinguitur.

36 Quare omiſſis etiam, quæ tradit. Caſtillo *de alimentis cap.* 41. *num.* 15. dicendum melius eſt, quod licet ſi de ſimplici legato loquamur an primo an ſecundo ex modis præcedentis num initio poſitis, cum alio habitandi, vel ejus negotia adminiſtrandi conditio concipiatur, illud referat, ut primo modo concepta ſit initiativa, ſecundo vero modo adſcripta ſit reſolutiva, ut habiliter exponit videndus Goffred. in *dict. leg.* 84. *de C. & D. num.* 2. *cum* 3. *ſequentibus & num.* 9. *& citati circa fin. & num.* 10 *&* 13. Si tamen de annuo legato loquamur an primo an ſecundo modo conditio illa concipiatur, nihil quidem refert, quoad hoc ut tot ſint conditiones, quot anni quibus is vixerit, cum quo habitare, vel cujus negotia gerere legatarius juſſus eſt, & initio cujuſcumque anni impleta initiativa conditione annuum legatum & cedat, & peti poſſit, quin ejus obligatio expectetur, in cujus perſona conditio cœperit adimpleri, teſtatoris namque, qui vel ſub primo vel ſub ſecundo modo concepta conditione annuum legatum reliquit, ea dignoſcitur fuiſſe voluntas, ut gratum animum & operoſum legatarii obſequium annui legati commodo remuneraretur, cui voluntati, & illud conſequens eſt, ut quamvis primo modo fuerit concepta, conditio præſens cujuſlibet anni obſequium annua præſenti renumeratione penſetur, ut in hoc rectè Goffredus in *dict. leg.* 84. *num.* 6. *&* 7. Si vero an per ejus obitum, in cujus perſona habitandi erat adimplenda conditio annuum legatum extinguatur quæſtionis ſit, an primo, an ſecundo modo fuerit concepta conditio illud intereſt, quod ſub primo concepta conditione annuum relictum legatum non extinguitur, dictio enim illa ſi quamvis duas illas dictiones, *ſi & quandiu* in præſenti propter expenſam nuper rationem importet, id voluiſſe teſtatorem apertè ſignificat, ut legatarius, & quamdiu cum eo fuerit moratus, cum quo habitare juſſus eſt, ad legatum admittatur, & ſi quidem, quandiu ſuperſtes ille fuerit, conditionem impleverit, poſt ejus etiam obitum annuum legatum capiat quo ſenſu intelligitur facilè textus in *dict. leg.* 20. *in pr. de ann. leg. dict. leg.* 18. §. 1. *dict. leg.* 20. §. *ult. de alim. leg. dict. leg.* 84. *de C. & D.* quin ad alimentorum favorem recurrere ſit neceſſum cum antiquioribus nonnullis, quos impugnat *Arias* de Meſa *dict. lib.* 2. *var. cap.* 7. *num.* 20. *&* 21. quod tamen ita procedit ſi ſub ea conditione annuum legatum ſit propter legatarii utilitatem relictum, quod præſumendum in dubio eſt, alioquin ſi propter ejus, cum quo legatarius habitare juſſus eſt, utilitatem ſub ea conditione relictum legatum hæres probaverit, quamvis ſtricto jure per ejus obitum cum quo legatarius habitare cœperit, conditio non defecerit, legatarium tamen annuum poſtea legatum circa defuncti voluntatem petentem poterit doli mali exceptione repellere, prout docet Paul *in dict. leg.* 84. quem ſic eleganter accepit Coſta *dict. lib.* 2. *ſelect. cap.* 19. *num.* 4. quo etiam ſenſu explicandus eſt Papinianus in *dict. leg.* 10. *in pr. de ann. leg.* qui cum alicui ſub ea conditione ſi filiorum teſtatricis negotiis interveniſſet, annuum relictum legatum fuiſſet, & ex tribus filiis duo extraneis relictis hæredibus deceſſiſſent, annuum legatum minui, & pro hæreditaria dumtaxat ſuperſtitis filii parte poſtea deberi eleganti præſtita ratione reſpondit, quia tam labor, quam pecunia diviſionem recipiunt, ideſt, quia cum legatum propter filiorum utilitatem fuiſſet ſub ea conditione relictum operæ remunerandæ cauſa, quam in eorum negotiis gerendis eſſet legatarius exhibiturus, labore poſtea diminuto, & annuum utique legatum, quod laboris eſt præmium, diminui neceſſum eſt, quin imò & extingui ſi quidem omnes filii deceſſerint, utpotè ceſſante omnino adminiſtrationis labore, ut doctè Cujacius *ad pandect. in dict. leg.* 10. Cui nec opponuntur textus *in leg. qui operas* 38. §. 1. *locati, & in leg.* 1. §. *divus* 13. *de var. & extrah. cognit.* pro quorum intelligentia videndi D. Retes *dict. lib.* 2. *sect.* 2. *cap.* 7. *num.* 13. *&* 19. & D. D. Didacus de la Serna *ad tit. C. de locat. dict. cap.* 5. *num.* 59. Sub ſecundo vero modo veluti per dictionem, *dum vel quamdiu* concepta conditione annuum relictum legatum per ejus obitum, cum quo habitare legatarius juſſus ſit, prorſus extinguitur, propter manifeſtum teſtantis judicium, qui pro habitationis dumtaxat tempore præſtari legatum voluit; nec contrarium probant textus *in dict. leg.* 13. §. 1. *de alim. legat. et in dict. leg.* 1. *C. de legatis.* omiſſa quippè ſolutione Coſtæ, *dict. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 1. *in fin. et* Arias de Meſa *dict. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 25. dicendum rectius erit cum Goffredo *in dict. leg.* 13. §. 1. *et in dict. leg.* 84. *de C. et D. num.* 15. *cum* 2. *ſequentibus* & Cujacio *ad tit. C. de legatis in dict. leg.* 1. quod ideo in his juris annuum alimentorum legatum ſic relictum, *quoad cum Claudio juſto moratus legatarius ſit*, per Claudii obitum non extinguitur, quia conditio illa fuerat in legatoris gratiam adſcripta, ut facilius & expedientius annuum alimentorum legatum perciperet, Claudius nimirum ille, cum quo legatarius habitare juſſus erat, hæres inſtitutus proponebatur, quod licet non exprimatur, *in dict. leg.* 1. *C. de legatis.* Colligitur tamen ex textu, in quo hoc ipſum Antonii Pii reſcriptum Scævola refert in

dict. leg. 13. §. 1. *verſiculo item conſultus de alim. legatis.* Promptius verò faciliuſque annuum alimentorum legatum percipiet legatarius, ſi cum hærede à quo fuerint alimenta præſtanda, ſimul moretur, & idcirco quamvis per Claudii mortem conditio, ſi verburum ſola proprietas inſpiceretur, revera deficeret, propter præſumptam teſtantis voluntatem ex eo elicitam, quod conditionem illam, in legatarii favorem adſcripſit. annuum alimentorum legatum perinde perſeverat, ac ſi ex tempore mortis Claudii ſine illa fuiſſet conditione relictum, unde ſi non in legatarii favorem, ſed in ejus gratiam cum quo habitare legatarius juſſus eſſet, veluti ſi cum eo morari juberetur, qui præſtiturus alimenta non eſſet, adſcripta conditio proponeretur, per ejus obitum, cum quo babitare legatarius juſſus eſſet, & revera juxta verborum proprietatem deficeret, & ex tunc tanquam contrariæ voluntatis conjectura ceſſante, annuum quamvis alimentorum legatum extingueretur.

37 Duo nunc breviter inveſtiganda ſuccedunt; primum utrum ſub poteſtativa, vel mixta conditione inſtitutus, ſi quidem eam adimplere ab extraneo fuerit prohibitus, quo caſu pro impleta conditionem non haberi jam dixi eo nomine poſſit adverſus extraneum conſiſtere, & ab eo amiſſæ hæreditatis æſtimationem nanciſci? quæ res facilè ſequenti diſtinctione expenditur; aut juſtum impedimentum fuit, veluti ſi ſervum implendæ conditionis gratia à teſtatore manumitti juſſum, vel ob ſui defenſionem inculpabilitatis ſervato moderamine, vel in adulterio deprehenſum, jure extraneus occiderit, & tunc inſtitutus ſub ea conditione hæres nec ſervi pretium, nec hæreditatis magis æſtimationem ab extraneo ſibi præſtari jure deſiderat, ut probat textus *in leg. qui occidit* 30. *in pr. ad leg. Aquil.*& ab argumento colligitur, ex *leg. quod ergo* 33. §. *ſi hæres* 3. *de legatis* 1. & facit vulgaris regula textus *in leg.* Grachus 4. *C. ad leg. Jul. de adult.* aut injuſtum impedimentum fuit, veluti ſi ſervum manumitti juſſum non jure extraneus occiderit, & tunc inſtitutus ſub ea conditione hæres ab extraneo præter ſervi pretium, amiſſæ etiam hæreditatis æſtimationem conſequitur, expreſſus textus in *dict. leg.* 23. §. 2. *ad leg. Aquil.*& faciunt ab argumento textus in *leg.* 3. *de conditione furtiva*, *et in leg. ſi quis* 52. §. *ſi ſervus* 28. *de furtis.* & licet ſolvendo extraneus non ſit, non eo magis pro impleta conditio habetur, quæ occiſo ſemel ſervo defecit, quemadmodum & licet ſervus vivo adhuc teſtatore fuerit occiſus, quo caſu hæreditatis æſtimationem ab occiſore dominus non conſequitur, conditio pro impleta non habetur, juxta textum, quem ſic intelligendum dicebam *num.* 30. *in dict. leg.* 23. §. 2. *quod ſi vivo teſtatore ad leg. Aquil.* Docet, quamvis non ſic fundet Goffredus *in dict. leg.* 24. *de C. & D. num.* 19. *circa fin. cum.* 2. *ſequentibus.* Nec ad rem facit textus, qui antiquiores plures ad contrarium ſentiendum immeritò movit, *in leg. planè* 94. §. 1. *de legatis* 1. quem explicat Cujacius *lib.* 39. *ff. Juliani.* Ex eadem ratione ſi poſt extranei impedimentum adimpleri adhuc poſſit conditio, veluti ſi in pecuniæ datione conſiſtat, ſub ea inſtitutus, quamvis non hæreditatis æſtimationem, quam non amiſit, id tamen, quod ſua intererit, impeditam conditionem non fuiſſe, conſequi ab extraneo poterit argumento textus *in dict. leg.* 62. §. 28. *de furtis.* ita Goffredus *dict. num.* 19. ſecundum, & difficilius illud eſt, utrum ſcilicet ſi extraneo dandi conditionis implementum fuerit impeditum ab eo, cujus non impleri conditionem intererat, quo caſu pro impleta conditio habetur, juxta ſupra tradita extraneo illi, qui accepturus mortis cauſâ pecuniam erat, actio aliqua competat, per quam eam, quam propter impedimentum conditionis implementi pecuniam amiſit, ab eo, qoi impedivit, poſſit conſequi? & quidem ſi cohæres cohæredi dandi conditionem impedierit, cohæredi, qui pecuniam accipere juſſus erat, contra impedientem cohæredem familiæ erciſcundæ judicium eo nomine competit, per quod amiſſam pecuniam nanciſcitur, ſingularis textus in *leg.* 3. §. *ſed etſi juſſum* 4. *de ſtat. liber.* in cujus ſerie ad æquitatis rationem recurrere neceſſum non eſt, propter regulam textus *in leg. id autem* 76. *in pr. verſiculo ſane ad leg. Falcid. leg. quod conditionis* 36. *verſiculo certè de mortis cauſ. donat. juncta leg. ſi filia* 20. §. *ult. famil. erciſc.* ut in hoc rectè Antonius Faber. 8. *conject. cap.* 7. *ſed etſi is*, cujus non impleri extraneo dandi conditionem interſit, ejus implementum impediat, extraneo, qui propter impeditam conditionem, quæ hoc ipſo pro impleta habetur, quam accepturus erat pecuniam, amiſit, adverſus impedientem ex æquitate in factum competit actio, per quam amiſſam pecuniam conſequitur, expreſſus textus in *leg.* 3. §. *ult. de condict. cauſ. dat.* pro cujus expoſitione adverſus Antonii Fabri in miſerum Tribonianum calumnias *in ejus rationali*, *et dict. lib.* 8. *cap.* 7. *per tot. et conciliatione cum leg.* 8. *et* 9. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. leg. quæſitum* 57. *verſiculo itaque de C. et D. dict. leg.* 3. §. *inde quæritur* 2. *verſiculo denique. leg. ſi peculium* 20. *in pr. de ſtat. lib.* videndi D. Retes 2. *opuſc. ſect.* 2. *cap.* 8. *num.* 12. & nuperus noſter Labeonis illuſtrator *in leg. penult. de ſtat. lib. num.* 35. *et* 36. Verum quamvis ſolvendo is non ſit, qui conditionis implementum impedivit, nullam eo nomine, qui accepturus mortis cauſa pecuniam erat, adverſus hæredem ſub ea conditione inſtitutum habet actionem, qui nec adimplendæ conditionis gratia, quæ jam impleta juris interpretatione cenſetur, erogare pecuniam debet, & cujus nullum factum circa impediendam conditionem interceſſit, quod ſubſidiariam illam in factum actionem producat. Nec contrarium probat textus *in leg. ult. verſiculo obnoxius C. de condit. inſert.* Ubi ideo ſervus, cui pecunia, quam libertatis conditionis adimplendæ gratia, hæredi vel extraneo daturus properabat, à latronibus ſeu hoſtibus fuit ſobrepta, quamvis conditione pro impleta habita libertatem ſtatim nanciſcatur, cum latrones vel hoſtes, qui non facilè deprehenduntur, ſolvendo non eſſe credantur, pecuniam poſtea, vel hæredi vel extraneo dare compellitur, quia cum cōditionis implementum, hi quorum nec impleri, nec non impleri conditionem intererat, impediiſſent, non communis ſed ſingularis libertatis favore ſubnixi, juris interpretatione adimpleta conditio credebatur ut dixi *num.* 28. cum quo ſingulare hoc condi-

tionis implementum in ejus injuriam cedere „ qui accepturus mortis cauſa pecuniam erat iniquum meriro Juſtinianus exiſtimaſſet, ex æquitate rem ita temperandam ſtatuit, ut pro impleta habita conditione ſervus ſtatim liber fieret, qui ſummus libertatis eſt favor, ſed non ideo qui accepturus mortis cauſa pecuniam erat, ejus amiſſæ damnum ſentiret, ſed quam à latronibus aut hoſtibus avocare de facto non poſſet, à ſervo ipſo libero jam effecto adhuc conſequeretur, ut poſt rem utrinque examinatam verè non minus, quam ſubtiliter concludit Goffredus *in dict. leg. 24. de C. & D. num. 5. & 6.* nec ab ea ſententia recedit, *num.* 17. quæ & firmari ab argumento poſſet *ex leg. 4. in pr. de ſtat. lib.* junctis quæ pro ejus explicatione dixi *num.* 25. *circa fin.*

38 Quidnam Regio Hiſpano noſtro jure cautum interpretativum poteſtativæ aut mixtæ conditionis implementum ſit, ad praxim inquirendum denique ſupereſt, & quidem poteſtativa conditio impleta noſtri juris interpretatione cenſetur, non ſolum ſi per eum, cujus vel impleri, vel non impleri conditionem intereſit, quominus impleretur ſtetetit, quod Romano juri eſt conforme, ſed etſi per fortuitum caſum, in ejus perſona, in quo erat implenda contingentem, veluti ſi ſervus manumiſſi conditionis cauſa juſſus, antequam manumitteretur, deceſſerit, adimpleri poſſe deſierit, prout expreſſè cavetur *in leg. 4. tit. 4. l. 22. tit. 9. parte* 6. in quo jus noſtrum Romanum profecto correxit, circa quod fortuitus caſus in ejus perſona, in quo erat adimplenda conditio, contingens interpretativum poteſtativæ conditionis implementum non induxit, expreſſi textus *in leg. 94. in pr. verſiculo diverſa de C. & D. & in dict. l. 23. §. 3. verſiculo ut ſi idem de ſtat. lib.* ſeptem partit. nimirum juris conditores erroneam in communis juris terminis Accifis, & aliorum veterum, uti exiſtimo, fuerunt opinionem ſecuti, quod & in aliis partit. accidiſſe jam pridem alii notarunt, & docti non igorant, nec minus ideo apud nos admittendum interpretativum hoc conditionis implementum eſt, cum patriæ leges, nec authoritate carént, cum à ſupremo fuerint Principe latæ, nec naturali ratione, cum veroſimile ſit teſtatorem, qui ſub poteſtativa conditione, hæreditatem, vel legatum reliquit, obſequium gratumque inſtituti hæredis, aut legatarii animum, potius quam affectionem implementum deſideraſſe, & voluiſſe, ut ſi conditio per fortuitum caſum in ejus perſona, in quo erat implenda contingentem adimpleri poſſe deſiiſſet, impleta hoc ipſo crederetur, & interpretativum hoc conditionis implementum, quod in libertatis cauſa jus Romanum admiſit, ut dixi *num.* 28. ad hæredum inſtitutiones, & legata Alphonſus ſapiens propter ultimarum voluntatum favorem, & extendere potuit, & extendit; ut ad rem aliam diſcurrit D. Retes *lib. 7. opuſc. cap. 44. circa fin.* circa mixtam autem conditionem nihil immutatum patriis legibus eſt, imò incorrectum adhuc Romanum jus manſit. Hæc apud omnes ſunt inconcuſſa, & in præfatis partitarum legibus expreſſè caventur. Sed & expeditum illud eſt, quod ſi poteſtativa conditio propter injuſtum alicujus tertii impedimentum, veluti ſi ſervus conditionis cauſa manumitti juſſus, occiſus ab extraneo ſit, adimpleri poſſe deſierit, non ideo impleta Hiſpani juris interpretatione cenſetur, ut deciſum extat *in dict. l. 22. tit. 9. partita 6.* quamvis inſtitutus ſub ea conditione poſſit ab eo, qui conditionis implementum prohibuit, amiſſæ hæreditatis pretium nanciſci, an autem ſi ſolvendo extraneus non ſit, adimpleta conditio noſtri juris interpretatione credatur, quæri poteſt? *cum pluribus* Molina *tit. 2. de Hiſp. primog. cap. 13. num. 21. & 22.* Caſtillo *4. controverſ. cap. 25. num. 82. cum 2. ſequentibus, & aliis* à Molinæ additionatoribus relati *dict. cap. 13. num.* 22. tenent juris noſtri interpretatione impletam conditionem cenſeri, ea ſola ratione ducti, quod ubi propter extranei impedimentum conditio adimpleri poſſe deſinit, & nullus circa extraneum datur regreſſus, impleta juris cenſura intelligitur *dict. l. 23. §. 2. ad leg. Aquil. dict. l. 14. de C. & D.* Ergo pariter quamvis propter injuſtum extranei impedimentum adimpleri poſſe deſinit, ſi quidem ſolvendo extraneus non ſit, quo caſu nullus circa eum in effectu datur regreſſus, adimpleta debet intelligi, expendunt etiam ab argumento textus *in leg. ult. §. 1. de eo per quem fact. fuer. & in dict. l. 71. §. ult. verſiculo quod ſi maritus de C. & D.* hæc tamen fundamenta tamquam ex Romano jure deſumpta juxta quod quæ deficit ſemel conditio, pro impleta poſtea non habetur, ut *præcedenti num.* dixi, nullius planè momenti ſunt; nec aſſumptum probant textus *in dict. l. 23. §. 2. ad leg. Aquil. & in dict. l. 14. de C. & D.* quos explicatos jam relinquo *num. 26. & 30.* nec magis textus *in dict. l. 71. §. ult. eodem tit.* cujus deciſiva vera ratio conſtat ex verſiculo *ſed quoniam ambo.* Nec denique textus *in dict. l. ult. §. 1. de eo per quem fact.* qui loquitur de jure dominii, vel actionis jam quæſito, quod iniqoum ſanè foret propter extranei impedimentum in effectu amitti, quod dici in præſenti non poteſt, cum ſub conditione inſtitutus antè ejus implementum, quin imò & poſt implementum antè aditionem, nec dominii, nec actionis jus ullum habeat. Hanc tamen ſententiam quamvis præfata jura non probent, & Gregor. Lopez *in dict. l. 22. tit. 9. part. 6. circa fin.* ſola æquitate inſpecta defendi poſſe fateatur, Regio juri conſonam & in praxi veriorem exiſtimo; moveor ex eo quod *in dict. l. 22.* ideo ſolum quoties propter injuſtum extranei impedimentum conditio adimpleri poſſe deſinit, pro impleta non habetur, quia nullum ex eo inſtitutus ſub ea conditione ſentit diſpendium, qui ab extraneo amiſſæ hæreditatis damnum conſequitur, ut illud demonſtrat, quod regium jus teſtatorem gratum animum, & inſtituti hæredis obſequiom, potius quam effectivum poteſtativæ conditionis implementum, deſiderare præſumit, par autem eſt inſtituti hæredis obſequium, ſive fortuito caſu, ſive propter extranei impedimentum conditio adimpleri poſſe deſierit, pro impleta non habetur, ſi inſtitutus ſub ea conditione hæres amiſſæ hæreditatis æſtimationem ab extraneo poſſit nanciſci, veluti ſi ſervus con-

uitionis cauſa manumitti juſſus non jure occiſus ab extraneo ſit, qui ſunt termini textus *in dict. l.* 22. ex cujus mente, & ſententia pro impleta etiam habendam conditionem colligitur, ſive nullus ſit adverſus impedientem regreſſus, veluti ſi juſtum fuerit impedimentum, ſivè propter injuſtè impedientis inopiam affectivus regreſſus non ſit; quartum nunc caput ſuccedebat, in quo omnes adſcriptæ hæredis inſtitutioni conditionis effectus, dum pendet, dum impletur, vel exiſtit dum deficit, apud Conſultos, vel Interpretes ſparſim traditos colligere, & citra vulgi captum forſitan explicare, erat animus. Sed quando implere promiſſum intra litterarii curſus metas non potui ne patientia veſtra abutar, calamum etſi coactus jam ſiſto, impenſumque laborem immaculatæ Virginis matris ſacris que appendo.

Digitized by Google

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS XXII.

Ad titulum de Rebus eorum qui ſub Tutela vel Cura ſunt.

CAPUT PRIMUM.

Quarum rerum qui ſub tutela vel cura ſunt pro temporum varietate interdicta fuerit alienatio? Quænam prohibitionis ſit ratio? & quatenus prohibita alienationis nomine comprehendatur.

1 PRIUSQUAM de interdicta tutoribus vel curatoribus bonorum quæ adminiſtrant alienatione pertractemus, breviter, tamen neceſſe præmonendum duxi, iis qui aliorum tutela vel cura reguntur abſque eorum authoritate nullo uſquam tempore res ſuas alienare licuiſſe, & cum tutores non moribus duntaxat ſed & rebus pupillorum præponantur *l. cum plures* 12. *§. cum tutor* 3. *de admin. tutor.* Res ſuas mobiles aut immobiles, corporales aut incorporales ex gratuita ſivè onerosa cauſa ſinè authoritate tutorum pupillos alienare non poſſe pluſquam manifeſtum eſt. *l. contra juris* 18. *in princ. de pact. l. non omnis* 19. *§.* 1. *de reb. credites. l. interdum* 24. *de condict. indebit. l. ut in conductionibus* 33. *junct. l.* 1. *§.* 1. *l.* 2. *pro ſocio, l. Julianus* 13. *§. à pupillo* 29. *de act. emptor l. obligari* 9. *in princ. & §.* 6. *&* 2. *de authorit. tut. l. pupillus* 11. *de acquir. rer. dom. l.* 2. *§. ſi à pupillo* 15. *pro emptor. l. quod ſi forte* 14. *§. ult. cum l. ſeq. de ſolutionib. lib.* 2. *&* 3. *C. de aut. præſt. princ. inſtit. de autor. tut. § nunc admonendi primo quibus alien. licet* Donell. *lib.* 3. *comment. cap* 18. *lib.* 16. *cap.* 10. Cujacius *lib.* 8. *Quæſt. Papin. in l. pater* 81. *de jur. dot.* Antonius Faber. *in jurisprud Papin. tit.* 21. *prin.* 1. *illat.* 8. *&* 5. & plura pluresque congerens Didac. Narbo. *de poteſtate ad omnes actus humanos requiſita à numero* 25. *quæſt.* 8. *&* 18. Sed & adulti viginti quinque annis minores, ſi quidem curatores acceperint, pupillis ſimiles ſunt nec ſine curatorum autoritate alienare quidquam poſſunt ut colligitur ex Caſſiodor. *lib.* 4. *var. cap.* 35. apud quem Theodotius Rex in reſtituendi minoris formula ſic ait: conſulto provida decrevit antiquitas minores contractus liberos non habere, ut & inſidiantium laquei fruſtrarentur, & lapſis ætas lubrica ſubveniret obrueretur, quippe innocentia, ſi relaxaretur audacia, eſſetque cunctis fallendi ſtudium ſi fraus ſubreptirium lucraretur effectum, & probant textus *in l. apud Celſum* 4. *§. ſi minor.* 9. *de dol. mal. except. & l.* 3. *C. de in integ. reſtit. l.* 3. *C. de in lit. jurand.* & ex eodem apparet quod hujuſmodi ætatis hominibus, qui ſub curatoribus degunt rerum ſuarum adminiſtratio committi non debet *l.* 1. *§. ult. de minor.* nec quæ potiſſima adminiſtrationis pars eſt, debet alienandi facultas concedi, ut docent rem hanc latius proſequentes Anton. Gomez. 2. *var. cap.* 14. *num.* 10. Donell. *lib.* 2. *comm. cap.* 12. *& ibi* Oſſuald. *litt. Q.* D. Retes *de donat. cap.* 11. *num.* 3. *&* 4.

Hæc autem quæ de minoribus ſub tutoribus 2
aut curatoribus degentibus diximus ad fæminas viginti quinque annis majores eo adhuc tempore quo ſub perpetua tutela vixere non pertinuerunt, imo fæminæ ætate majores (quamvis ex lege Attilia, cujus obſervantia uſque ad Claudium Imperatorem manſit propter ſexus infirmitatem & forenſum rerum ignorantiam ſub perpetua fuiſſent tutela conſtat ex Ulpiano *in frag. tit.* 11. *de tutel. in princ. & §. quantum* 7. *in fin. & §. lex Attilia* 17. *& §. Morius* Cujacius 7. *obſerv. cap.* 11. Oſſuald. *ad Donell.* 3. *comment. cap.* 14. *litt. C.* & aliis quos refert

D. Retes *lib. opin. cap. 5. num.* 1. quidquid dicat Jacnbus Gottofredus *in l.* 2. *C. Theodoſ. de tutorib. & curator. creandis*) liberam bonorum adminiſtrationem obtinebant, quæ inconſultis etiam tutoribus alienare non vetabant. Muliebris etenim hæc tutela à regulari pupillorum aut pupillarum tutela vel in eo maxime differebat, qood cum regulares tutores pupillorum negotia gerant & autoritatem interponant, perpetui fœminarum majorum tutores omni negotiorum adminiſtratione carebaot, & in legitimis duntaxat actibus quos mulieres exercerent autoritatem interponebant, ut expreſſè Ulpianus teſtatur *dict. tit.* 11. §. *tutoris autoritas* 27. ex quo reſtringenda erit generalis ejuſdem Ulpiani ſententia *in* §. *pupillorum* 24. *ejuſd. tit.* Quamvis perpetuos mulierum tutores negotia quidem non gerere ſed autoritatem duntaxat imponere generaliter ſcribit, ut docet Ramos, *lib.*4. *ad leg Jul. & Pap. relig.* 13. *num.*2. *circa fin.* verum (quod non obſervant interpretes) ſibimetipſi contradicere idem Ulpianus videtur *in dict. tit.* §. *tutoris autoritas*, ubi inter eos actus in quibus peragendis fæminæ tametſi etiam ætate majores tutorum autoritate indigebant, mancipiorum alienationem recenſet ſignantee & ait quod quamvis ætate majores ſine tutorum autoritate ſervos alienare non poterant, liberam bonorum adminiſtrationem non obtinebant, imo ad aliendum non minus quam ad legitimos actus exercendos tutorum autoritate indigebant, ſed ſi integram Ulpiani ſententiam intueamur, ipſa tamen littera ni fallor difficultatis ſolutionem ſuppeditat. Poſtquam dixerat conſultus, ſine tutorum authoritate alienare mancipia non potuiſſe, ut inter muliebrem & regularem tutelam diſcrimen oſtendat, ſtatim ſic ait: *Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum, nec mancipii alienatione tutoris authoritate opus eſt.* Cum enim res omnes vel mancipii eſſent vel nec mancipii & mancipii duntaxat res (inter quas ſervi etiam numerantur, per mancipationem, quæ legitimus & ſolemnis transferendi Quiritarii Dominii modus erat, poſſent alienari, ut conſtat ex eodem Ulpiano in *fragment. tit.* 19. *de domin.in princ.* §. 1. & §. *mancipio* 3. Quam rem jam pridem latè nec vulgariter expoſui *in Academ. de uſu cap.* 5. *num.* 2. *cum duobus ſeqq.* Inter regularem & muliebrem perpetuam tutelam illud interfuiſſe aſſerit Ulpianus, quod cum pupilli ut potè adminiſtrationis expertes res quælibet ſivè mancipii ſivè nec mancipii, ſive legitimo ſivè minus ſolemni modo alienare non aliter poſſint, quam ſi tutorum autoritas intercedat, mulieres ætate majores tanquam adminiſtrationis capaces per naturalem quidem ſeu minus ſolemnem transferendi Dominii modum res omnes ſive mancipii ſive nec mancipii etiam incôſultis tutoribus jure poterant alienara, res autem mancipii quales profecto erant ſervi, de quibus ideo exempli cauſa loquitur ſignanter conſultus per mancipationem alieoare abſque tutorum autoritate non poterant, quia ad legitimos actus exercendos, qualis extra dubium erat mancipium tutorum autoritate indigebant. Quod ergo *dict. tit.* 11. §. 26. generaliter Ulpianus docuit fœminas ſine tutorum autoritate alienare mancipia non potuiſſe. (Quamvis de cæteris mancipii rebus debeat ſimiliter exaudiri, ex ejuſdem tamen conſulti mente, quam expenſus nupee verſiculus manifeſtat) ad eam alienatationis ſpeciem, quæ per legitimum mancipationis actum expediebatur, debet reſtringi.

3 Quæ Ulpiani ſententia ſic accepta ſequenti, & meo quidem judicio, aptiſſimo exemplo poteſt illuſtrari: licet mulieribus ætate majoribus ſolvi ſinè tutorum autoritate olim potuiſſet, ut liquet ex Cicerone *in Topicis* ibi: *non quemadmodum quòd mulieri debes, rectè ipſi mulieri ſine tutoris autoritate ſolves, ita quod aut pupillæ aut pupillo debeas rectè poſſis eodem modo ſolvere*, quia ſcilicet ſolutio naturalis extingoendæ obligationis modus eſt, ad peragendam tamen acceptilationem, quæ legitimus & ſolemnis eſt extinguendæ obligationis modus *l.* 77. *de Reg. jur.* difficillimus alioquin textus *in l. ſervus* 22. *de acceptil.* (pro cujus conciliatione cum *l. an inutilis* 8. §. 1. & 2. & *l. ſpecies* 11. *in prin.* & §. *ſi ſervus* 2. *cum ſeq. eod. tit.* vide Petrum Fabrum 2. *ſemeſt. cap.* 22. fæminis quamvis ætate majoribus tutorum autoritate opus fuiſſe colligitur ex Ulpiano *dict. tit.* 11 §. 27. Quod tamen ita demum ex propria obſervatione obtinuiſſe cenſerem, ſi acceptum fœminæ facerent, ſi vero acceptum negarent, utilem fuiſſe acceptilationem quamvis ſine tutorum autoritate conceptam arbitraretut, quia licet acceptilatio tam ex parte acceptum rogaoris quam acceptum ferentis ſolemnis & legitimus actus ſit *l. & per jusjurandum* 13. §. *tutor* 10. *verſ. tamen in acceptilatione juncta vulg. reg. textus in l. nemo* 123. *de Reg. jur.* illud tamen debuit gratuitæ libertatis favor inducere, ut fœminæ etiam inconſultis tutoribus poſſent per acceptilationem liberari, ne alioquin deterioris eſſeot conditioois, ex eo quod tutores haberent, & quæ in earum gratiam fuerat perpetua in tutela introducta in proprii patrimonis diſpendium verteretue cootra regulam textus *in l. quod in favorem* 6. *C. de legibus*, & ne cerebrina ſolum æquitatis ratione ſubnixa alicui forſan noſtra hæc conjectura videatur à ſimili ſic efficaciter probatur. Quamvis pupillus debitorem ſuum per acceptilationem liberare ſine tutoris autoritate non poſſit *l.* 1. *C. de acceptil. juncta reg. text. in dict. l.* 2. *C. de autor. præſt.* poteſt tamen per acceptilationem etiam inconſulto tutore ab obligationis vinculo liberari *l.* 2. *de acceptil.* quod non ex ſtricto jure ſed ex benignitate procedere ultra interpretum placita exiſtimo, nam Ulpianus *in dict. l.*] 2. ſic ait: *pupillum etiam ſine tutoris autoritate liberari poſſe placet*, verbum autem illud *placet*, ut ex mediocriter juriſprudentia verſatis, nullus ignorat rem inter cooſultos controverſam, & ex æquirate tandem receptam ſignat. Nonnulli videlicet (uti conjector) ſtricti juris regulis inhærentes exiſtimabant, quod pupillus etſi poſſit abſque tutoris autoritate meliorem ſuam conditiouem facere, & utiliter ne à ſe petatur paciſci *dict. leg.* 28. *in prin. verſ. ex diverſo de pactis* legitimum tamen acceptilationis actum adhuc in ſui favorem peragere ſine tutoris aotoritare non poteſt, fœminarum exemplo, quæ etiam ætate majores legitimos actus petagere ſinè tutoris autoritate non pote-

rant. Prævaluit tamen & merito contraria ſententia exiſtimantium, pupillum ad hoc ut per acceptilationem liberetur tutoris autoritate non indigere propter æquitatis dumtaxat rationem, quæ tota in liberationis & pupillaris ætatis favore conſiſtit, ſimiliter ergo fæminæ ætate majores, quæ acceptum facere ſine tutorum autoritate non poterant, favorabiliter ſeu ſtricti juris regulis relaxatis per acceptilationem liberari inconſultis adhuc tutoribus potuerunt. Jam vero ex integro hoc diſcurſu à ſimili non obſcure colligitur fæminas ætate majores quæ per naturalem ſeu minus ſolemnem transferendi bonitarii dominii modum res quaſlibet alienare ſine tutorum autoritate potuerunt, per legitimum mancipationis actum mancipii res alienare inconſultis tutoribus non potuiſſe.

4 De reliquis qui ſub curatorum ſunt poteſtate facilior ſanè ſuccedit inſpectio, ut ecce furioſi & mente capti qui nullum animi judicium habent, res ſuas alienare non poſſunt *dict. l.* 25. *de condict. indeb. l. in negotiis* 5. *l. furioſi* 40. *de reg jur.* Sed nec prodigi quibus bonorum adminiſtratio fuerit à prætore interdicta res ſuas alienandi facultate potiuntur *dict. l.* 25. *de condict. indeb. l. ſi ſciens* 26. *de contrah. empt. l. is qui* 12. §. *ult. de tutor. & curator. dat. l. Julianus* 10. *in princ. de cur. furioſ.* textus ſic intelligendus *in leg. ſi ab eo* 12. *de uſucap. l. is cui* 6. *de verb. oblig.* textus elegans *in l. ex Caſtrenſi* 18. §. *ſervos* 4. *de caſtr. pecul.* tum quia bonorum adminiſtratione prohibita non poteſt non alienandi facultas cenſeri, quæ præcipua adminiſtrationis pars eſt, prout arguit Ulpianus *in dict. l.* 10. *de cur. fur.* tum quia prodigi quibus bonis interdictum eſt pro caſuum varietate jam pupillis, jam adultis, ſub curatore degentibus, jam vero furioſis æquiparantur *in leg. certi condictio* 5. §. *ſed etſi* 7. *de reb. cred. l. fulcinus* 7. §. *idemque* 12. *junct.* §. *anteced. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. dict. l.* 40. *de regul. jur. dict. l.* 3. *C. de in integ. reſtit.* quos omnes res proprias alienare non poſſe jam vidimus. Nec quidquam intereſt, an quiſquis à prodigo ex donatione, emptione aut ſimili cauſa rem acceperit interdictam ei à prætore bonorum adminiſtrationem ſciverit an ignoraverit, imò neutro caſu dominium adipiſcitur ex defectu tituli quem injuſtum efficit interdicta bonorum adminiſtratio, nec accipientis ignorantia juſtum reddit, & ſine quo nuda traditio efficax ad dominii tranſlationem non eſt *l. numquam* 31. *in princ. de acquir. rer. dom.* quamvis ſi quis juſto & probabili errore deceptus ab eo, cui interdictam bonorum adminiſtrationem ignoravit rem emerit, aut ex donatione aliave ſimili cauſa acceperit ſpeciali titulo pro ſuo poſſit uſucapere, & dominium per uſucapionem nanciſci, ut probant à contrario ſenſu textus *in leg. pignori* 13. §. 1. *de uſucap. dict. l.* 2. §. *ſi à pupillo* 15. *de public. in rem. act.* vide quæ dixi *de uſucap. cap.* 3. *num.* 31. unde quod *ex dict. l.* 26. *de contrah. empt.* à contrario ſenſu deſumitur, eum qui ignorans à prodigo, aut cui bonis interdictum eſt, emerit, futurum dominum, non ſic accipiendum eſt, ut emptor propter ignorantiam dominium confeſtim acquirat, ſed ut rem ſpeciali titulo pro ſuo ex cauſa juſti erroris producto poſſit uſucapere ejuſque dominium per uſucapionem acquirere. Nec enim Pomponius ibi de præſenti ſed de futura dominii acquiſitione pertractat, ut conſtat ex textus littera, quod variis interpretationibus omiſſis Cujacii *ad pandect. in eo sextu* Fachinei *lib.* 2. *controv. cap.* 69. *&* Antonii Fabri *in juriſprudentia Papinianea tit.* 13. *de tutorib prin.* 3. *illat.* 8. ſic ſubtiliter docuit noſter D. Didacus de Bezerra *in diſput. Salmant. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. *cum tribus ſeqq.* Deniquè ex eiſdem rationibus, alii omnes qui ex eo quod rebus ſuis supereſſe non poſſunt, curatores accipiunt, ſicuti liberæ bonorum adminiſtrationis, ſic & alienandæ facultatis ſunt expertes argumento textus *in dict. l.* 12. *in prin. de tutor. & curat. dat. dict. l.* 14. §. *curatori* 7. *de ſolutionib.*

Quibus principiis breviter jam, tunc ſine 5 effectu peractis ſciendum eſt, quod tutores aut curatores qui libera adminiſtratione funguntur, & dominorum loco habentur *l. tutor.* 27. *l. Lucius* 46. *in prin. de adminiſt. tutor. l. qui fundum* 7. §. *ſi tutor.* 3. *pro empt. l. is qui* 51. §. *an ignoſcitur* 7. *quod vi aut clam dict. l.* 14. §. 7. *de ſolut. l. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *de furt. l. ad ea* 157. *de Reg. jur.* quaſlibet minorum res jure poterant alienare; verum cum ſibi conceſſa pleniſſima alienandi facultate ſæpè non ſine gravi minorum diſpendio abuterentur, benignius poſtea minorum commodis principalibus conſtitutionibus conſultum eſt, & primum quidem ut conſtat *ex leg.* 1. *in pr. &* §. 1. *&* 2. *hoc noſt. tit.* Severus & Antoninus Imperatores anno ab urbe condita 944. Tertilio & Clemente Conſulibus idibus Junii ſcriptam orationem ad Senatum miſerunt, & in eo recitari juſſerunt, qua tutoribus & curatoribus ne prædia ruſtica vel ſuburbana minorum ſine Prætoris decreto diſtraherent interdixere, in cujus ſententiam fuiſſe S. C. conceptum ex eo præcipuè conſtat quod hujuſmodi alienationis prohibitio Severi & Antonini introducta Senatus Conſulto ſæpè tribuitur *l. illicite* 10. *l. non.* 11. *hoc tit. l.* 1. *l. ſi ad reſolvendum* 7. *l. ſi quidem* 11. *l. ſi* 13. *cum duab. ſeqq. C. de præd. & aliis rebus minor. ſine decreto. l.* 2. *&* 3. *C. ſi quis ignorans rem minor.* Nec ſine exemplo ſanè, nam Senatus autoritas etſi poſt Julium Cæſarem fracta & diminuta à bonis tamen Principibus conniventia quadam ſeu indulgentia, interdum ſervata reperitur, qui ea quæ conſtituturi eſſent oratione complecti, eamque aut in ſenatu habere aut ſcriptam mittere, & cenſendi arbitrium Senatus arbitriom relinquere ſolebant, & in orationis ſententiam Senatus conſulta frequenter concipi moris erat, & idcirco quod oratione inductum quibuſdam locis traditur, id in aliis Senatus conſulto dicitur introductum ut notavit Cujac. 5. *quaſt. Papin. in leg.* 5. *de offic. ejus. cui mand. &c.* & probant textus *in leg. item veniunt* 20. §. *præter hac* 6. *l. ſi &* *rem* 22. *de hered. petit. l.* 8. *in prin. de tranſact. l. eleganter* 23. §. *item.* 2. *de condict. indeb. l. pen. junct. ipſius inſcriptione ad Scñt. Tertylian. cum aliis à Dion. Gottofredo congeſtis in dict. l.* 7. *C. de præd. & aliis reb. min.* Nihil igitur mirum quod & noſtram Severi & Antonini in Senatu recitatam orationem fuerit S. C. ſubſecutum & quod alienationis prohibitio jam oratione Senatus conſulto concepta

promiſcuè accepta feraur.

6 Cujus prohibitionis ut geminam rationem aperiam, inveſtigandum primo prius duxi quænam urbana, quænam ruſtica prædia dicantur, Ulpiani veſtigia ſecutus qui cum noſtram Severi & Antonini orationem interpretaretur, hanc ipſam diſputationem inſtituit *in leg. urbana prædia* 198. *de verb. ſignif.* ut obſervavit Cujacius ibi *ad pandect. & lib. 7. obſerv. cap.* 23. cujus obſervatio etſi diſplicuerit Oſſualdo 11. *comment.* Donell. *cap. 4. litt. D. circa fin.* ex eo ſuadetur quod textus *in dict. l.* 198. *deſumptus ex lib. 2. de omnib. Tribunalib.* ſub quo de hujuſmodi oratione Ulpianum diſputare probant ejuſdem inſcriptionis textus *in l. ſed ſi forté. 6. l. qui nec tutoris* 8. *hoc tit. ex lib. 3. de omnibus Tribunal.* extractus textus *in leg. 2. §. 1. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.* Urbana itaque prædia dicuntur ædificia omnia, quæ habitandi præcipue cauſa parata & conſtructa ſunt ſivè in urbe, ſivè in agro. Ruſtica vero dicuntur agri omnes qui fructus ferunt, aut ædificia quæ ruſtico uſui veluti fructibus colligendis, & rei ruſticæ inſtrumentis continendis deſtinata præcipuè ſunt ſive in agro, ſive in urbe ſint, ita ut uſu duntaxat & Patris deſtinatione urbana à prædiis ruſticis differant; id quod ſibi Ulpianus voluit dum dixit *in dict. l.* 198. quod urbanum prædium non locus ſed materia facit, materiæ appellatione non lapides, aut cætera ex quibus conſtant ædificia ſignificans ut falſo exiſtimavit Donell. *de pignor. cap.* 4. ſed ædificiorum potius uſum & opportunitatem ſive patrisfamilias deſtinationem prout Diocletianus & Maximianus Imperatores interpretantur *in l. ſi prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. min* dum aſſerunt quod ruſticum prædium ab urbano non loco ſed qualitate ideſt uſus genere ſecernitur, qualitatem vocantes, quam materiam dixerat Ulpianus, qui & ad rem aliam materiam cum qualitate conjunxit & pro eodem accepit *in leg. venditionibus* 9. *§. ult. & in leg. quod tamen* 14. *de contrah. empt.* Quæ quidem inter urbana & ruſtica prædia dictinctio, quam parum diſcrepantes tradunt Alciat. Rebuffus, Gedeus & Cujac *in dict. l. 198. de verb. ſignif.* Duaren. *in leg. 4. de pact.* Faber 19. *conject. cap.* 15. Cæpolla *de ſervit. urban. præd. cap. 11. num.* 2. Oſſuald. plures referens *dict. lib* 1. *comment.* Donell. *cap. 4. litter.* C. Caldas Pereira *de emptione & venditione cap. 33. num.* 107. *cum tribus ſequentib.* D. Ferdinand de Mendoza *de pact. lib. 2. cap. 4. num.* 2. Merill. *lib. 3. obſerv. cap. 5. circa fin. verſ. ex ſequentibus* manifeſtè probatur; Ruſtica nonnulla ædificia eſſe negari non poteſt, nam de ruſticis ædibus ſeu ædificiis expreſſim loquuntur Ulpianus *in leg. dotale* 13. *in prin. de fund. dot. & in leg. cætera 41 §. ſi quis ad opus 5. de legat.* . & Florentin. *in leg. fundi* 211. *de verb. ſign.* Hæc autem non alia eſſe poſſunt quam quæ ruſticationis uſibus deſtinata præcipuè ſint, alioquin urbana nulla ædificia dici poſſent, quod nemo dixerit, ergo ruſticis uſibus deſtinata ædificia prædia ruſtica, procul dubio dicenda ſunt, & ſola patrisfamilias deſtinatio ruſtica ab urbanis prædiis ſecernit. Rurſus urbana familia à ruſtica non loco ſed opere ſeu ſola patrisfamilias deſtinatione ſeparatur *l. peculium* 65. *in prin. verſ. idem in famil. de legat. 2. l. cum quæreretur* 60. *§. 1. l. ſervus* 99. *in prin. & §. 1. & 2. de legat. 3. l. quæſitum* 12. *§. Trebatius 5. de fundo inſtructo l. urbana* 166. *de verb. ſignif.* & ſimiliter urbana penus & ſuppellex à ruſtica non loco ſed uſus genere diſtinguitur, & urbana dicitur quæ urbico uſui deſervit quamvis in urbe ſit *l. 4. §. quod ſi urbana 5. de pen. legat. l. quemadmodum* 12. *de ſuppellect. legat.* ut notavit Merillus *dict. lib.* 3. *cap.* 5. pariter ergo urbanorum & ruſticorum prædiorum diſcrimen non à loco, ſed ab uſus genere & patrisfamilias deſtinatione debet deſumi.

Verum ædificia omnia indiſtinctè ſivè ruſ- 7
ticis ſive urbicis uſibus deſtinata urbana prædia dicenda fore probari videtur. 1°. *ex leg. 1. in prin. comm. præd. dict. l. 198. de verb. ſign. §. 1. inſt. de ſervitut.* in quibus ſecurè docent Ulpianus & Juſtinianus ædificia omnia Urbana prædia appellari, etſi in villa ædificata ſint, & urbanorum prædiorum ſervitutes eas dici, quæ ædificiis inhærent, ergo ſentiunt quod ædificia omnia tametſi ruſticis uſibus deſtinata urbana prædia dicuntur, & ipſis debitæ ſervitutes ſunt. Secundo *ex dict. l.* 198. ubi ſtabula urbana prædia eſſe Ulpianus aſſeruit, quæ tamen ruſticis uſibus pecoribus recipiendis deſervire compertum eſt *l. 5. verſ. ſtabularius digeſt. Nauta Caupon.* ut obſervari communiter ſolet ad illud Virgil. *lib.* 8. *Eneid. quatuor à ſtabulo præſtanti corpore tauros avertit.*

Tertio ex difficili textu *in leg. 3. in quibus cauſ. pign. &c.* ubi invecta & illata à conductore in horreum & aream tacito pignoris jure pro penſionis ſecuritate locatori teneri ex Neratio Ulpianus reſpondet, ergo horreum diverſorium, & aream urbana prædia cenſet, patet conſequentia, nam quoad taciti pignoris cauſam inter ruſtica & urbana prædia illud intereſſe notum eſt, quod ſcilicet ruſticis prædiis locatis fructus quidem ex eis nati & percepti tacito pignoris jure pro mercedis ſecuritate locatori tenentur; à colono vero inducta & illata niſi id nominatim convenerit nullo hipothecæ jure tenentur, at urbanis prædiis locatis, etſi nulla conventio interceſſerit, invecta & illata ab inquilino pro penſionis ſecuritate tacito hypothecæ jure locatori tenentur *l. 4. in prin. de pactis l. ſolutum 11. §. ſolutam 5. de pignor. act. l. ſi in 24. §. 1. locati l. 2. l. 4. in prin. & §. 1. l. licet 6. cum l. ſeq. in quibus cauſ. pignus vel hypoth.* cujus differentia rationem ab origine eruditè & eleganter tradunt Cujac. *in dict. l. 4. de pactis & in dict. l. 5. Cod. de locat.* Faber *in rationali ad l. 4. & dict. l. 11. §. 5. de pignor. act.* Conan. *lib. 4. comment. cap.* 16. Balduin. *de pignor. cap.* 8. Bachov. *eod. tract. lib. 1. cap.* 11. Caldas Peteyra *de empt. & vendit. dict. cap. 33. num.* 98. Mendoza *de pactis lib. 2. cap. 4. ex num.* 8. & noviſſimè D. Petrus de Chabarri *in ſecunda ſua Didaſcal. parte cap. 12. per tot.* Ergo horreum, diverſorium & area quorum locatione facta invecta & illata à conductore tacito pignoris jure pro penſione locatori tenentur, in Neratii & Ulp. ſententia urbana profecto prædia dicenda ſunt, quæ tamen non urbicis ſed ruſticis potius uſibus deſervire dubium non eſt, nam horreum quod *in dict. l. 12. §. 2. de fun-*

do

Digitized by Google

de inſtruct. granarium Ulpianus appellat, nihil eſt aliud quam frumenti vel aliorum fructuum repoſitorium ut *ex leg. Titius* 60. *de acquir. rer. dom. & aliis jurib.* docet Amaya *ad rubric. C. de cond. & publ. horreis lib.* 10. *num.* 2. & 3. & diverſorium ſi Accurſio & Gottofredos credamus *in dict. l.* 3. *in quibus cauſ. pignus.* ſtationem quandam ſignificant non habitationi, ſed colligendis mercibus deſtinatam. Area autem juxta Terent. Varron. *lib.* 4. *de lingua latin.* locus eſt in rure, ubi à ruſticis frumenta terguntur, quod & probant diſerti textus *in leg. Mela* 14. §. *ult. de alim. & cib. leg. & in leg. ult.* §. 1. *C. de ſervit.* ergo ædificia omnia quamvis ruſticis uſibus deſtinata, imo & area quæ ſine ædificio eſt inter urbana non verò inter ruſtica prædia recenſenda. Denique & ex contrario ædificia tametſi habitationis cauſa & ad urbicos uſus conſtructa ruſtica non urbana prædia dicenda, Neratius probare videtur in vulgari, difficili tamen textu *in leg.* 2. *in prin. de ſervit. ruſt. præd.* ubi docet ruſtici prædii ſervitutem *eſſe licere altius tollere & officere prætorio vicini*, cum tamen prætoria ſive pro magnificis domibus præſidum, au judicum cauſa in urbibus conſtructis accipiantur ut *in leg. ult. C. de offic. rect. prov. l.* 4. *C. de oper. publ.* ſivè pro villis ideſt ædificiis quæ domini, ſi quando ruris ſunt habitant à villici habitatione ſejunctis, ut *in leg. plenum* 12. *in prin. de uſu & habit. l. prædii* 91. §. 1. *de leg.* 3. urbanis habitationum uſibus deſerviant, ergo etiam habitationis cauſa & ad urbicos uſus conſtructa ædificia non urbana ſed ruſtica prædia dicuntur.

8 Sed adhuc in ſuperius tradita urbanorum & ruſticorum perſiſto deſtinatione, quam expenſa conſultorum teſtimonia non offendunt, quod enim dicitur *in dict. l. in prin. commun. præd. & in dict.* §. *inſtit. de ſervit.* ædificia omnia urbana prædia appellari etſi in villa ædificata ſint, de his ædificiis accipiendum eſt quæ urbanis uſibus deſerviunt, quæque ex eo urbana non eſſe definunt quod in villa conſtructa ſint ut cum Marco Lydama *lib.* 1. *memb. cum gloſſa* 8. explicat Oſſual. *dict. lib.* 8. *comment. cap.* 4. *litt. C.* Quo etiam ſenſu accipiendum Ulpianum *in dict. l.* 198. *de verb ſign.* arguit deciſiva illa ratio, quia ſcilicet urbanum prædium non locus ſed materia facit, quam expoſui *num.* 6. Ruſticis autem uſibus deſtinata ædificia ruſtica prædia dicenda præter ſuperius adducta jura probat textus *in leg.* 180. *de verb. ſignif.* Nec magis obſtat quod idem Ulpianus *in dict. l.* 198. ſtabula inter urbana prædia recenſeat, nam ſtabula, ne fallamur in ambiguo, ſi quidem pro locis pecoribus ruſticis uſibus deſervientibus recipiendis aptis intelligantur, ruſtica procul dubio ſunt juxta textum ſic intelligendum *in dict. l.* 4. §. 1. *in quib. cauſ. pignus.* cæterum ſæpè ad hominum manſionem conſtituta diverſoria ſignificant in quæ peregrè proficiſcentes itineris laboribus defeſſi cauſa quietis ſeſe recipiunt *l. un.* §. *ult. adverſ. nautas caup. &c.* & conſtat ex D. Cypriano *lib.* 3. *epiſt.* 13. ibi *aut ſi in via ſtabulum aliquod obſideri & teneri à latronibus ceperit, ut quiſquis ingreſſus fuerit inſidentium illic infeſtatione capiatur, nonne commeantes hoc opinione comperta ſtabula appetunt tutiora ubi ſunt ſita hoſpitia, & receptabula commeantibus tuta.* Et ex Seneca *lib.* 1. *de benef. cap.* 13. ibi *nemo ſe ſtabularii aut cauponis hoſpitem judicat.* Et in hujuſmodi ſenſu accepta tamquam habitationi deſtinata non poſſunt non inter urbana prædia numerari, ſed & aliquando pro equorum & aliorum animalium quæ ruſticis uſibus non inſerviunt, ſtationibus accipiuntur *l. ſi cujus rei* 13. §. *ult. de uſufr. l. in omnibus* 7. *C. de curſu publico lib.* 12. & in hoc etiam ſenſu quamvis non habitationi deſtinata, quia in urbanis commoditatis uſibus deſerviunt, urbana prædia meo quidem judicio dicenda ſunt, & de ſtabulis in hac ultima acceptione Ulpianum *in dict. l.* 189. intelligi debere exiſtimo, nam cum ſtabulis meritoria adjiceret, & meritoria ad hominum manſionem conſtituta diverſoria ſignificent *dict. l.* 13. §. *ult. de uſufr.* per ſtabula, quæ inter urbana prædia recenſet, non diverſoria meritoria vocavit prout falſo credidit Mendoza de pact. *dict. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 15. Sed eorum animantium, quæ in ruſticis non ſed urbanis commoditatis uſibus inſerviunt ſtationes intellexiſſe dicendum eſt.

Illud inſuper opinionem noſtram fulcit quod 9 & horti, ſivè in ædificiis habitationi paratis ſint conſtituti, de quibus *in leg. ult. in prin. de ſervit urban. præd. l. ſeius* 66. *de donat. inter vir. & uxor. l.* 5. §. *quod ſi quis* 3. *de injur. dict. l.* 198. *de verb. ſignif.* junct. Briſon. *lib.* 3. *ſelect. cap.* 1. ſivè ſine ædificiis ſint dummodo in reditu non ſint, ideſt ſi vendens fructus non ferant, de quibus *in dict. l.* 13. §. *fructuarius* 4. *verſ. & ſi fortè de uſufructu l.* 4. *C. de aqua ductu lib.* 11. cum non ruſticis, ſed urbanis amœnitatis & deliciarum uſibus deſerviant, & idcirco voluptaria prædia dicantur, *in dict. l.* 13. §. 4. non inter ruſtica, ſed inter urbana prædia recenſendi ſunt, ut ſentire videtur Cæpolla *de ſervit. urb præd. dict. cap.* 11. *num.* 4. quamvis Caldas Pereyra *de empt. & vendit. dict. cap.* 33 *num.* 144. inter urbana ædificia eos demum hortos computandos exiſtimet qui & amœnitati ſolum deſerviunt, & ſimul incontinentibus ædificiis ſunt, quem immerito Papinianus decepit *in dict. l.* 91. §. *qui demum* 5. *de leg.* 3. ubi ſolum docet, domo legata ita demum hortum ædibus vicinum legatum cenſeri, ſi cum domus cauſa teſtator comparaverit, ut ſcilicet amœniorem & ſalubriorem domum poſſideret (domum etenim etiam ornatiſſimam ſine hortis, non domum ſed carcerem & ergaſtulum veteres appellare refert Pereira ubi nuper) & aditum in eum per domum habuerit, & in ſumma ſi patris familias deſtinatione hortus ædium acceſſio fuerit, & additamentum, cujus deciſionis ratio non in eo eſt, quod hortus non aliter urbanum prædium dici poſſit, quam ſi ædibus contiguus & earum cauſa comparatus ſit, ſed in eo potius quod domus dumtaxat apud Papin. legata proponitur, hortus quamvis ſi amœnitati ſolum inſerviat indiſtinctè ſive ædibus contiguus ſive ab eis ſeparatus ſit, urbanum prædium rectè dicatur, poteſt aliter quam acceſſionis jure legatum intelligi, nec aliter poteſt domus acceſſio & additamentum judicari, quam ſi ei contiguus ejuſque cauſa comparatus ſit, ubi igitur à domo ſeparatus eſt, non

адeo in domus legato non comprehenditur quod urbanum prædium non ſit, ſed propter defectum voluntatis teſtatoris, qui dum domum expreſſè legat, ejus dumtaxat acceſſiones in legato comprehendere voluiſſe cenſetur. Similiter ergo leganım, & aliorum animantium quæ ruſticis uſibus non inſerviunt ſtationes ſeu ſtabula quamvis non habitationi, quia tamen urbanis commoditatis uſibus deſtinantur, debent inter urbana prædia numerari de quibus Ulpianum intelligendum concludo *in dict. l.* 198. *de verb. ſign.*

10 Fortius ſanè tertium argumentum eſt deductum *ex dict. l.* 3. *in quib. cauſ. pign.* &c. niſi veriſſimam & ſubtiliſſimam ſolutionem excogitaſſet Mendoza *lib.* 2. *de pact. cap.* 4. *num.* 14. & 15. qui quod dicitur in juribus adductis *num.* 7. invecta & illata à colono in prædium ruſticum, niſi ſpecialis interfuerit conventio, nullo hypothecæ jure pro mercedis ſecuritate locatori teneri, verum quidem eſſe reſpondet ſi prædium ruſticum conductum ſua natura fructus producat, quo caſu cum ex prædio percepti fructus, qui tacito pignoris jure locatori tenentur *dict. l.* 7. *in quibus cauſ. &c. dict. l.* 3. *C. eod. tit.* locationis mercedem non modo æquare, verum & ſuperare longè ſoleant & ſatis ſit locatoris ſecuritati conſultum non niſi impertinens & ſupervacua invectorum & illatorum tacita foret obligatio, at ſi tale ruſticum prædium ſit conductum, quod fructus ſua natura non ferat, à colono invecta & illata tacito hypothecæ jure pro mercedis ſecuritate locatori teneri merito cenſet, quippe cum invecta & illata ab inquilino in urbanum prædium conductum, ideo tacitè pignoris jure pro penſionis ſecuritate locatori teneantur *l.* 4. *in prin. de pact. cum ſimilibus*, quia alioquin cum nullum urbanum prædium, niſi habitationis aut amœnitatis fructus ferat; frequenter exigendæ poſſeſſionis ſecuritas fruſtraretur ut tacitæ hujus hypothecæ originem tradentes latius proſequuntur interpretes *num.* 7. ſi quidem tale ruſticum prædium ſit conductum, quod fructus ſua natura facere non poſſit, cum nulla fructuum obligatio penſionis ſecuritatem inducat, non aliter potuit locatoris indemnitati conſultum eſſe, quam ſi invectorum & illatorum tacita induceretur hypotheca, & nihil quoad taciti pignoris cauſam inter urbanum & ruſticum in fructiferum prædium intereſſet. Aſſumptum probo *ex dict. l.* 4. §. 1. *in quibus cauſis &c.* ubi invecta & illata à colono in ſtabula conducta, quæ ſcilicet pecoribus rei ruſticæ aptis accipiendis deſerviunt, & idcirco ruſtica prædia jure dicuntur, tacito hypothecæ jure pro mercedis ſecuritate locatori teneri, ſeu quod idem eſt ſtabula hæc quoad cauſam taciti pignoris, non multum ab urbanis prædiis diſtare modeſtè primus forſitan Neratius reſpondit, quia cum fructus ſua natura non ferant in hac re, ut propter rationis identitatem ab urbanis prædiis non differunt, qua Neratii autoritate Ulpianus *in dict. l.* 3. *eod. tit.* invecta & illata à Colono in horreum, diverſorium & aream tacitn pignoris jure pro mercedis ſecuritate locatori teneri decidit, quia licet ruſtica prædia ſint, tanquam ruſticis uſibus deſtinata ut dixi *num.* 7. cum tamen fructus producere ſua natura non poſſint, quoad taciti pignoris cauſam, non debent ab urbanis prædiis diſtare. In quibus etiam terminis ruſtici nimirum infructiferi prædii conducti accipi alter ejuſdem Ulpiani textus poteſt in *l. & ſi quis* 14. §. 1. *de religio.* quem de expreſſa invectorum & illatorum in prædium ruſticum hypotheca nec male exaudiunt Balduin. *de pignor. dict. cap.* 6. & Vinn. *de pact. cap.* 12. *num.* 4 ex quibus jam apparet ex eo quod invecta & illata in horreum, aream aut diverſorium tacito hypothecæ jure teneatur, non inferri quod hujuſmodi prædia ruſticis uſibus deſtinata urbana dicenda ſint, ſed ſolum quod licet ruſtica revera ſint, quia tamen fructus non ferunt, ſtabulorum inſtar quoad taciti pignoris cauſam ab urbanis prædiis non diſtant.

Difficilius profecto videri poteſt ultimum 11
argumentum deſumptum *ex l.* 2. *de ſervit. ruſtic. præd.* pro cujus ſolutione omiſſis Cujac. *ad pendect. in eo textu* Hotoman *lib.* 8. *obſerv. cap.* 12. & Fabro *lib.* 19. *conject. cap.* 15. reſpondet Oſſualdus *dict. lib.* 11. *comment. cap.* 4. *litt. D.* quod Prætorium non ſemper magnificas ædes Præſidum, judicumve cauſa in urbibus ſtructas, aut urbanam villam ſignificat; imo & ruſticæ neceſſitatis cauſa haberi poteſt, ut inſtrumenta & familia ruſtica ibi ſint, vel fructibus aſſervandis ut conſtat *ex dict. l. ult. vers. ubi autem de offic. Rector. prov.* & de Prætorio ſic accepto *in dict. l.* 2. loquutum Neratium exiſtimat, qui idcirco ruſtici prædii ſervitutem eſſe ſcripſit, licere altius tollere & ufficere prætorio vicini, quia etſi altius tollendi ſervitus regulariter inter urbanas ſervitutes numeretur. *l.* 2. *de ſervit urban. dict.* §. 1. *inſtit. de ſervit.* quamvis ſcilicet non niſi ædificiis poteſt deberi, quæ ut plurimum (ut experientia demonſtrat) urbana ſunt prædia, ruſtica tamen aliquando eſſe poſſunt veluti ſi ruſtico ædificio debeatur, prout Neratio contingit *in dict. leg.* 2. *de ſervit. ruſtic. præd.* Nec abſurdum videri debet quidquid dicat Vinnius *in dict.* §. 1. *inſtit. de ſervit. num.* 1. ut eadem ſervitus nunc ſit Urbana, nunc ruſtica, cum itineris & aquæ ductus ſervitutes, quæ inter ruſticas ideo recenſentur *in l.* 1. *in prin. de ſervit. ruſt. præſt. & in prin. inſtit. de ſervit.* quia regulariter ruſticis prædiis debentur, ſi quidem urbanis prædiis debeantur, urbanæ ſine dubio dicantur; expreſſus textus *in leg. ſi ego* 11. §. 1. *de publ. in rem. l. ſervitus* 20. §. 1. *de ſervit urb. l. iter* 14. *commun. præd.* verum hæc Oſſualdi ſolutio, quamvis veram in ſe doctrinam contineat, terminis in textu *dict. leg.* 2. adaptari ni fallor, non poteſt, nam Prætorium de quo Neratius, non pro ruſtico, ſed pro urbano prædio accipi debere, illud mihi evidenter ferè perſuadet, quod Conſultus cum ſervitute altius tollendi, & officiendi prætorio vicini cloacæ per vicini domum habendæ ſervitutem conjungit, & utramque ruſticam eſſe decidit, ſed domus appellatione non niſi ædificium habitationi opportunum, & ſic urbanum prædium potuit ſignificare, ergo & prætorii nomine non ruſticum ſed urbanum prædium ſignificaſſe cenſendum eſt.

Sed nunc gravior inſurgit difficultas, nam 12
prætorium, & domus in ſententia Neratii in *dict. leg.* 2. ſi pro urbanis prædiis acciperentur, profecto licere altius tollere, & officere prætorio vicini, & cloacam habere licere per

vicini domum nun ruſticorum ſed urbanorom prædiorum ſervitutes dicenda forent, ſed Neratius ruſticas hujuſmodi ſervitutes appellat, ergo prætorium & domus quamvis urbicis habitationis uſibus inſerviant, non urbana ſed ruſtica prædia eſſe ſentit, & penitus à nobis traditum urbanorum & ruſticorum prædiorum diſcrimen evertit. Quamobrem ut genuinam Neratii mentem, quam aſſecuti interpretes non dum fuerunt, novirer eruamus, ſupponendum eſt quod prædialis quælibet ſervitus à nobiliori dominante ſcilicet prædio denominationem ſortitur, quin ſervientis ulla ratio habeatur, & urbana dicitur, quæ urbano, quamvis à ruſtico prædio, ruſtica vero quæ ruſtico, quamvis ab urbano prædio debetur, ut probat textus in *dict. l. 2. verſ. vel arcam de ſervit. urban.* & docet Oſſual. *dict. lib.* 11. *comment. cap* 4. *lit. B.* ex qua ſuppoſitione jam Neratii ſententia clareſcit, apud prætorium & domus quod à nemine auimadverſum eſt mitum) urbana quidem non tamen dominantia ſed ſervientia prædia ſunt, ut ex eo liquet, quod ſerviens prædium illud dicitur, quod ſervitutem debet, ſeu cujus jus & libertatem ſervitus minuit *l. 5. §. 9. de nov. oper. nuntiat. cum vulg.* prætorio vero cujus luminibus officiendi vicino jus erat, & dominus per quam cloacam habere vicino licebat (qui propriiſſimi Neratii ſunt termini) ſervitutes debebant, quæ licet ab urbanis prædiis debitæ, quia tamen ruſticis prædiis, ædificiis nimirum ruſticis uſibus deſtinatis, debebantur, quod neceſſario ſupponendum eſt à nobilioribus denominarione deſumpta ruſticæ à Nerario jure dicuntur. Nec divinatoriam hanc ſuppoſitionem aliquis dicat, nam cum prædialis nulla ſervitus ſinè duplici prædio dominante ſcilicet & ſerviente poſſit conſtitui *dict. l.* 1 *§.* 1. *commun. prædior.* meminerit, dominantia prædia quibus ſervitutes debeantur ſuppoſitioni neceſſe eſt; hæc autem urbana fuiſſe dici non poteſt, alioquin ſi orbana tam dominantia quam ſervientia prædia fuiſſent omni in ſenſu ſervitutes dici debuiſſent; Ruſtica ergo fuiſſe ſupponendum eſt omnino, ut ab eis tanquam nobilioribus ſervitutes dominari debuerint.

13 Expoſita jam & quidem citra vulgi captum urbanorum & ruſticorum prædiorum differentia, genuina deciſiva ratio propter quam Severi & Antonini oratione ruſtica duntaxat, non etiam urbana minorum prædia ſine Prætoris decreto diſtrahere interdictum tutoribus, & curatoribus eſt, ex eo derivatur quod urbanorum damnoſa minus, quam ruſticorum prædiorum diſtractio minoribus, urbana ſcilicet prædia ſæpius plures ſumptus exigunt, quam reddunt emolumentum, ſuntque ruinarum periculis obnoxia, & idcirco inter res mortales, & periculo ſubjectas enumerantur in *l. 5. §. uſque adeo* 9. *de admin. tut. & in l. deducta* 58. *§. cum autem* 6. *ad Trebell.* imò & domus quælibet quamvis pretioſæ ſteriles, licet non inutiles à Juſtiniano dicuntur in *l. ult. §. ſin autem* 4. *verſ. ſin tamen C. de bon. quæ lib.* Ruſtica vero prædia majores certiores longeque neceſſario fructus & proventus ferunt, nec tot caſibus ſunt obnoxia *l. verum* 11. *§. ſi locupleti* 5. *de minorib.* docet Cujacius *ad tit. C. de admin. tut. & ad nov.* 7. *Juſtin.* viſum ita Imperatoribus eſt non aliter minorum commodis proſpectum ſatis eſſe, quam ſi ruſticorum prædiorum diſtractio tutoribus & curatoribus, interdiceretur, nec ex eo præjudicium evitari, quod in prædiorum locum pretium ex diſtractiooe redactum ſubrogaretur, nam licèt in reipſa æquivalentur ſaltem, quamvis non formaliter ejus æſtimatio contineatur. *l. tantum* 88. *de V. S.* juncto Cujacio *lib.* 14. *obſerv. cap.* 36. textus ſic intelligendi in *l. heredes* 25. *§. ult. cum l. ſeq. fam. erciſc. l. ſi pecunia* 12. *in prin. de leg. ſecundo* & cum Ulpiano conciliandi in *frag. tit.* 24. *de leg. §. per vindicationem* 6. *& §. per præceptionem* 10. in æſtimatione tamen res ipſa nec eminenter nec æquipollenter continetur *dict. l.* 88. *de verb. ſignif. §. ſi res aliena* 6. *verſ. hac ratione inſtit. de leg.* ut ad rem conſiderat Anton. Faber in *Papinianea tit.* 13. *de tutel. prin.* 8. *illat.* 54.

Ex eadem ratione ſervos etiam ruſticos 14
minorum ſine Prætoris decreto diſtrahere eadem oratione prohibitum tutoribus & curatoribus fuiſſe Conſtantinus Imperator teſtatur in *l. quæ res* 22. *in princ. C. de admin. tut.* Quod non de illis duntaxat ruſticis ſervis accipio qui glebis aſcripti, & in prædiis ruſticis commorantes veluti quædam pars cenſebantur, de quibus ex *l. in facto* 35. *§. ſervum* 3. *verſ. proindè de hered. inſtit. l. ſi quis inquilinos* 112. *de legat.* 1. *l. in inſtrumento* 8. *l.* 12. *§. Alphenus* 2. *de fund. inſtructo* & in textu ſic intelligendo *in l.* 3. *de diverſ. & temp. præſcript.* junctis Cujacio *lib.* 5. *reſpons. Papin. in l. tutores* 39. *§ ult. de admin. tut.* Donell. *lib.* 2. *comm. cap.* 9. Briſon. *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 9. & Suarez de Mendos. *lib.* 2. *ad leg. Aquil. cap.* 2. *ſect.* 2. *ex num.* 7. & quorum reſpectu otioſa omnino foret ſpecialis diſtractionis prohibitio, quippe cum alienari ſinè prædiis non potuiſſent. *dict. l.* 112. *in prin. de leg.* 1. Prædiorum alienatione prohibita non potuit non eorum alienatio ſimul interdicta cenſeri, ſed & ad cæteros ruſticos ſervos præcipue pertinuiſſe crediderim, qui quamvis nec prædict adſcripti, nec eorum pars eſſent promovendæ rei ruſticæ deſerviebant, de quibus *in l.* 65. *de leg. ſecundo & aliis juribus adductis num.* 6. quos tanquam agriculturæ neceſſarios abſque decreto Prætoris alienari Imperatores cohibuerunt, quod & tenere Cujac. videtur *ad tit. C. de admin. tut.* quemadmodum & Zenonis conſtitutiu *in l. ult. C. de præd. decurion. ſine decreto lib.* 10. Quæ decurionibus ruſtica duntaxat mancipia, non etiam urbana (in quibus antea idem jus erat juxta Valentiniani, Theodoſii & Arcadii ſanctionem *in l.* 1. *C. Theodoſ. de præd. mancip. curialium*) ſinè decreto vendendi facultatem interdicit ad ruſticos omnes ſervos ſpectat, quamvis contrarium exiſtimaverit Amaya *in l.* 1. *& in dict. l.* 3. *C. de prædiis decur. lib.* 10. *num.* 51. Præter ruſtica vero prædia & mancipia cæteras minorum res ſivè mobiles ſivè immobiles, tanquam non neceſſarias, & quarum nullus aut perexiguus fructus eſt tutores aut curatores etiam inconſulto Prætore diſtrahere non modo potuerunt ſed & debuerunt *dict. leg.* 22. *in prin. C. de admin. tut.* ex pecunia ex earum venditione redacta, idonea, ruſtica ſcilicet prædia minoribus comparare, aut pecuniam fenori occupare, ideſt

mutuam ſub uſuris debitoribus credere *l. 3. §. cæteri 2. verſ. etſi pecunia dict. l. 5. in prin. l. tutor. 7. §. competet 2. de adminiſt. tut.* alioquin ſi in earum rerum diſtractione ceſſaſſent, & ob id damnum aliquod irrogatum fuiſſet minoribus ad intereſſe judicio tutelæ tenebantur, quemadmodum etſi ruſtica prædia ex minorum pecunia comparare aut fenori pecuniam occupare neglexiſſent, in uſuras ex tunc condemnabantur *dict. l. 7. §. ſi poſt depoſitionem 3. §. etſi deponi 7. & §. uſura 11. l. cum plures 12. §. ult. l. ſi tutor 15. l. ob fenus 49. l. qui negotiationem 58. §. 1. de admin. tut.* junctis quæ tradunt Ant. Faber in *Papinianea dict. tit. 13. de tutelis in prin. 7. illat. 9. 10. 12. & 84.* Gutier *de tutel. 2. part. cap. 9. per tot.*

15 Ex qua deciſiva ratione orationis noſtræ nova iterum luce illuſtrandus eſt textus in *dict. l. 198. verſ. plane. de verb. ſignif.* dixerat Ulpianus hortos, ſi qui in ædificiis ſint conſtituti, urbanorum prædiorum appellatione contineri, progreditur & ait, quod ſi plurimum horti ſint in redditu vinearii forte, vel olitorii, id eſt ſi venales fructus ferant (de quibus eum textum exaudiendum dicebam. *num.* 8.) quamvis ab ædificiis ſeparata ruſtica ſine dubio ſint prædia, ſi tamen ſint in continentibus ædificis, urbana potius eſſe ſupponit, & fortiſſima præterea juris noſtri ratio reſiſtit, nam horti in urbanis ædificiis conſtituti, eorum acceſſio & additamentum judicantur *dict. l. 91. §. 5. de leg. 3.* ergo etſi venales fructus ferant, urbana potius prædia dicendi ſunt, cum acceſſio quælibet non poſſit non ſequi naturam ſui principalis *ex vulg. reg. textus in l. nihil. 129. §. 1. l. cum principalis 178. de Reg. jur.* accedit quod ea quæ religioni adhærent, ſeu accedunt, quamvis alioquin profana ſua natura ſint religioſa eſſe dicuntur in *l. quæ religionis 43. de rei vindic.* & ex contrario, quæ profanis rebus accedunt, quamvis ſacra alioquin ſint, profana cenſentur, & ut talia in emptionis & venditionis contractum utiliter deducuntur *l. hanc legem 22. l. in modicis 24. de contrah. empt. arg. textus in l. quædam 62. de acquir. rer. dom.* Ergo & horti venales fructus ferentes, quia ſua natura ſi ab urbanis ædificiis eſſent ſejuncti, ruſtica prædia dicerentur, ſi quidam in urbanis ædificiis ſint conſtituti, tanquam eorum acceſſiones inter urbana prædia debent numerari.

16 Quibus difficultatibus ab interpretibus omiſſis, ut Ulpianum liberemus, eum cum Neratio in *dict. leg. 4. §. 1. in quibus cauſ. &c.* in concordiam ex propria obſervatione redigamus, repetendum nunc erit quod diximus *num. 6.* Ulpianum ſcilicet *in dict. l. 198.* cum præſentem Severi & Antonini orationem interpretaretur de ruſticis & urbanis prædiis diſputaſſe; Qua animadverſione facta tenendum generaliter eſt, quod horti in urbanis ædificiis conſtituti quamvis in redditu ſint, ſeu venales fructus ferant, tanquam eorum acceſſiones urbanorum prædiorum numero ſunt ut probat textus in *dict. l. 4. §. 2.* Et evincit neceſſaria juris ratio anteriori numero expenſa. Neque id negare Ulpianum exiſtimo *in dict. l. 198.* ubi quod ſcribit hujuſmodi hortos urbana prædia non eſſe ad Severi & Antonini orationem referendum meo judicio eſt, quaſi apertius diceret, quod licet acceſſionis jure urbana prædia revera ſint, in noſtræ tamen orationis terminis propter minorum favores, non urbana ſed ruſtica eſſe intelliguntur, quia cum in redditu ſint, venaleſque fructus ferant, nec ſint ruinarum periculis obnoxii, debent ruſticorum prædiorum exemplo, in minorum bonis retineri, nec inconſulto Prætore à tutoribus vel curatoribus alienari. Quam noſtram interpretationem, & ipſius textus littera ſuadet, ubi Ulpianus ſic loquitur. *magis hæc non ſunt urbana.* Quæ verba æquitatis poteſtatem adverſus ſtrictum jus ſolent ſignificare ut probant textus in *l. cui via 11. §. 1. quemad. ſervit. amitt. & in l. 2. §. ſi uſumfructum 7. in fin. de religioſ.* junctis Galvan. *de uſufruc. cap. 35. num. 3.* Ergo Ulpianus æquitate motus ut minoribus provideret, hortos qui in redditu ſunt, quamvis in urbanis ædificiis conſtitutos in noſtræ orationis terminis ruſticorum prædiorum numero eſſe reſpondet, licet quoad reliquos juris effectus urbana eſſe prædia non negaret quod imo expreſſe in eodem textu fatetur, dum indefinite ait hortos quoque ſi qui in ædificiis ſint conſtituti urbanorum prædiorum appellatione contineri, quod ſtatim ſi quidem horti ſint in redditu, in orationis cujus expoſitionem exequebatur terminis, locum non obtinere concludit, & firmant præterea ex iſdem principiis nunc etiam, nec vulgariter exponendi ejuſdem Ulpiani textus *in l. magis 5. in prin. & §. 1. hoc tit.* ubi ſi lapidicinas, vel quæ alia metalla ſtypteriæ ideſt aluminis, aut cujuslibet alterius materiæ, vel cretifondinas, argenti fondinas, ſalinas, vel quid aliud ſimile pupillus habuerit (quod tamen privatis poſſidere liceat, quod ideo *in l. 4. hoc tit.* Paulus ſignanter advertit, quia juxta Jacobum Gotofr. *ad rubric. C. Theodoſ. de metall. & metallar. Lapidicinæ auri & argenti* fodinæ & ſalinæ publicæ quædam erant, quæ ad Principis ditionem, regiumque patrimonium ſpectabant, ut probant textus *in l. 1. in princ. quod cujuſq. univerſ. nom. l. liber homo 59 §. 1. de hæred. inſtit. l. ſed hi 13. in prin. de publican. & vectig. l. aut damnum 8. §. eſt pœna 4. cum duob. ſeqq. & §. in miniſterium 8. de pœnis l. inter publica 17. §. 1. de verb. ſignif. l. ſi quis 11: C. de vectigal. & commis. l. 1. l. ult. C. de metallar. lib. 11.* Quædam vero privatæ, quæ nimirum in privatorum prædiis exiſtebant, & quarum dominium ad prædiorum dominos pertinebat de quibus in *l. item 9. §. ſed ſi lapidicinas 2. cum ſeq. dict. l. 13. §. inde eſt quæſitum 5. de uſufruct.* Pro quarum conciliatione cum *l. veluti 6. §. 1. de ſervit. ruſtic.* addendus Larrea *tom. 1. deciſ. Granat. diſp. 44. num. 10 cum duob. ſeqq. l. venditor 13. §. communia prædiorum l. generali 32. §. uxori 2. cum ſeq de uſufruct. l. 4. §. ſalinæ 7 de cenſibus*) magis ſe exiſtimare reſpondet ex ſententia orationis ſine prætoris decreto alienationem impediri. Rationem præſtat Faber in *Papin. tit. 13. de tutel. prin. 8. illat. 57.* quia id egit oratio ne quid abeſſet minori ex his omnibus, quæ & fructum aliquem afferre poſſent. Verum majori adhuc explanatione opus eſt: dubitandi ratio apud Ulpianum hæc erat, prædia in quibus lapidicinæ, ſalinæ aut metallorum venæ exiſtunt ruſtica non ſunt ſed urbana, nec enim ruſticis agriculturæ, ſed urbanis commoditatis, &

Digitized by Google

divitiarum uſibus deſerviunt ergo in orationis prohibitione comprehenſa non videbantur. Sed Ulpianus bujuſmodi prædia, urbana quidem revera eſſe, nec in orationis verbis comprehenſa fatetur pro ruſticis tamen in orationis termiois comprehenſa fatetur pro ruſticis tamen orationis terminis accipi, & in ejus ſententia comptehendi ex æquitate reſpondet, quia cum eettos neceſſarioſque ſructus & proventus ferant *dict. l. 9. §. 2. & 3. de uſufr.* juncto Caſtillo *col. cap. 37. ex num. ult. l. ult. in prin. de fund. dot. l. fructus 7. §. ſi via 13. cum ſeq. l. ſi fundus 8. ſolut. matrim.* (pro quarum explicatione, & conciliatione cum *l. ſi ex lapidicinis 32. de jur. dot.* conſulendi Larrea. *dict. diſput. 44. num. 13. cum quinq. ſeqq.* & D. Joan de Heneſtroſa *de impenſis in res dot. fact. ſect. 4. num. 16. cum duobus ſeqq.* Nec ſint ruinatum periculis ſubjecta ruſticorum prædiorum inſtar; non debent ſine Prætoris decteto à tutoribus alienari. Quod ex æquitate Ulpianum teſpondiſſe probant illa verba: *Magis puto, in dict. l. 5. in princ. hoc tit.* quæ æquitatis poteſtatem ſignificare jam diximus. Similiter ergo quod idem Ulpianus *in dict. leg. 198. de verb. ſignif.* Hortos venales fructus ferentes, quamvis in urbanis ædificiis conſtitutos pro ruſticis prædiis accipiendos ſimili loquendi modo reſponder in illis verbis: *Magis hac non ſunt urbana* æquitati accepto ferendum, & ad orationis noſtræ quam ibi interpretatur ſententiam referendum procul dubio eſt.

17 Verum plura tam in orationem ipſam quam in deciſivam ejus orationem occurrunt, & primo quidem argui ſie poteſt non omnia ruſtica prædia fructus ſua natura producunt imo infructifera quædam eſſe conſtat ex his, quæ pro explanatione textus in *dict. l. 3. & in dict. l. 4. § 1. in quib. cauſ. pign.* diximos *num.* 10. ergo hæſt ſaltem inconſulto Prætore diſtrahere tutores & curatores potuerunt, conſequentiam probat vulgaris, nec ad rem adhue animadverſus textus in *l. 22. in princ. C. de admin. tut.* ubi horrea quæ ruſtica infructifera prædia eſſe diximus *num.* 10. ſine Prætoris decreto diſtrahere totores & curatores non ſolum potuiſſe, ſed juxta ipſam orationem debuiſſe Conſtantinus affirmat. Secundo ruſticis uſibus deſtinata ædificia, quæ ſemper inter ruſtica prædia recenſenda aſſeruimus, non minus quam urbana ſunt ruinarnm periculis obnoxia ut notum eſt, ergo vel urbanorum inſtar etiam inconſulto Prætore alienari à tutoribus aut curatoribus debuerunt vel falſa eſt differentiæ ratio inter ruſtica & urbana prædia ſuperius aſſignata. Tertio ex roſticis eriam prædiis, quæ ſua natura fructus producare ſolent, quædam ſunt ejus condirionis ot plures ſumptus exigant, quam præſtent emolumenti expreſſus textus *in l. ſi ſtatua 41. §. 1. de uſufruct.* ergo vel urbanorom exemplo alienari ſine decreto debuerunt, quod orationem ipſam impugnat, quæ indefinitè ruſticorum prædiorum alienationem interdicit, vel falſa deciſiva eſt orationis ratio. Quarto ſi à nobis tradita deciſiva orationis ratio vera eſſet, fundi ſteriles, ſaxoſi, vel peſtilentes in quibus nullus eſt fructus ſeu (ut cum Virgilio loquar) *infelix lolium & ſteriles dominantur havena* de quibus *in l. ſi addes 19. § locati*, & *in l. 4. C. de ædific. act.* comprehenſi in oratione non fuiſſent; nam ceſſaute prohibitionis ratione, ipſa etiam ceſſare deberet prohibitio juxta vulgarem regulam textus in *l. 6. §. quamvis 2. de jur. Patronat*, ſed hujuſmodi etiam fundi alienari inconſulto Prætore non potuerunt, diſertus textus in *l. ſi fundus 13. hoc tit.* Ergo &c. Quintu ruſtica etiam fructifera prædia quamvis noo ruinarum periculis, plurimis tamen caſibus ſunt obnoxia etraſmate, id eſt tettæ motu aliquando pereunt, ſeu ab ingentibus terræ receſſibus abſorberentur *dict. l. 11. §. 5. de minorib. l. ex conducto 15. §. ſi vis 2. in fin. l. ult. locati*, cœli injuriis patent, ſeu repentinis iocendiis, inundationibus, avinm edacitati, inimicorum & lattonum incurſibus ſubjacent *l. arboribus 12. §. ſi fur. 5. de uſufr. dict. l. 15. §. 2. dict. l. 19. §. 1. C. de locat.* Quas omnes fundorum calamitates ſumma eruditione ſigillatim exponit Chavarri *2. didaſcal. parte cap 13. per tot.* Ergo vel ex rationis identitate, non minus quam urbana ſine decreto debent alienari, vel falſam deciſivam rationem aſſignavimus. Sexto Decuriones quoad prohibitam ſine decreto prædiorum diſtractionem minoribus ſimiles eſſe dicuntur *l. 2. C. de offic. ejus qui vicem alic. jud.* Sed decurioues urbana non minus quam ruſtica prædia ſine decreto diſtrahere prohibentur *dict. l. 1. C. de præd. decur. lib. 10.* Ergo nec urbana minorum prædia magis quam ruſtica ſine decreto poterant juxta orationem alienari. Septimo quemadmodum Severi oratio minoribus proſpexit, ſic & lex Julia de adulteriis quæ merito fundi dotalis alienationem ſine uxoris conſenſu prohibuit muliebri fragilitati & dotis ſecoritati conſuluit *prin. inſt. quibus alien. licet*, ſed legis juliæ prohibitio ad urbana non minus quam ad ruſtica prædia pertinet *l. 6. dict. l. dotale 13. in prin. de fundo dot.* Ergo & orationis prohibitio debuit orbana non minus quam ruſtica prædia comprehendere. Octavo & ultimo ſæpe apud Conſultos ruſtica minorum prædia nulla decreti facta mentione jam ab ipſis minotibus, jam à tutoribus aut curatoribus rectè diſtracta, & minores adverſus hujuſmodi diſtractiones in integrum reſtitutos invenimus, ut videre eſt *in leg. in cauſa 13. §. 1. cum duab. legibus ſeqq. l. pater 27. §. 1. verſ. item ex diverſo, l. intra utile 34. §. 1. l. tutor. 27. §. 1. de minor. l. Julianus 13. §. ſed cum in facto 7. juncto §. præced. de act. empti l. minor. 39. in prin. de evict. l. ſine hærede 32. §. interpoſito 4. cum ſeq. de admin. tut. l. quoties 44. de acquir. hæred.* Ergo & ruſtica minorum prædia inconſulto Prætore potuerunt alienari, alioquin ſi inutilis eorum diſtractio ſine prætoris decreto fuiſſet, ea licet diſtracta, vindicare minores potuiſſeut quin reſtitotione indigerent, quæ tune ceſſat cum contractus ipſo jure inotilis eſt juxta volgarem regulam textus *in leg. in cauſa 16. in prin. & §. 1. & §. generaliter 3. de minorib.*

Sed licet has objectiones ex interpretibus, qoem ſciam nullus attigerit, tenendum firmiter eſt ruſtica minotum prædia & mancipia juxta Severi orationem alienari ſine decreto non potuiſſe, ut conſtat *ex integro noſtro titulo, & ex toto fere tit. C. de præd. minorum* & probant præterea referendi ad hanc juris partem textus *in leg. ait Prætor. 7. §. quæſitum 8. de minor.* ubi earum rerum nomine, quæ 18

ſervari minoribus debent ruſtica prædia & mancipia Ulpianum intellexiſſe, in rationali Faber advertit *l. quæcunque* 13. §. *ult. de public.* ubi *legis* nomine Severi orationem Gaius intellexit quam & *in dict. l.* 22. *C. de admin. tut. legem* Conſtantinus appellat *l. à tutoribus* 7. *de rei vindic.* ibi *pupilli domus* quæ urbanum prædium eſt, tanquam in Severi prohibitione non comprehenſa utiliter à tutore ſine decreto diſtracta proponitur ut in eo textu notavit Cujac. *lib.* 1. *reſponſ. Scævol. l. verum* 11. §. 1. *de minor. l. tutor.* 56. *de admin. tut.* in quibus mobiles & ſe moventes minores res, quæ comprehenſæ in orationis prohibitione non fuerunt ſine decreto rectè diſtractæ reperiuntur *l. cum ipſe* 5. *de contrah. empt. l.* 3. *C. de peric. tutor.* in quibus earum rerum nomine quas diſtrahere tutores potuerunt, aut debuerunt urbana prædia & cæteras minorum res in Severi oratione non comprehenſas Imperatores ſignificaſſe *dict. num.* 1. Donell. animadvertit & *in l. cum interdicta.* 6. *C. arbitr. tutel.* cujus illa verba interdictæ venditionis vitium ad præſentem prohibitionem referenda in marginalibus ſuis notis Dyoniſius Gottofredus prævidit.

19 Nec tunc *num.* 17. expenſæ objectiones obſiſtunt, quarum primæ reſpondeo infructifera quidem ruſtica nonnulla prædia eſſe, nec tamen hæc magis quam fructifera à Severi prohibitione ſubduci, aut ſine decreto alienari à tutoribus aut curatoribus poſſe, quia cum agriculturæ ſint neceſſaria, & pro ſe utpotè ruſticis uſibus, veluti rei ruſticæ inſtrumentis, aut pecoribus, ruſticævè familiæ continendis, aut fructibus uſque dum diſtractionis fuerit occaſio, cuſtodiendis deſervientia fructifera prædia longè meliorem reddantur in minorum bonis retineri, non minus quam fructifera oportet, ruſticorum ſervorum exemplo, quos tamquam agriculturæ, & rei ruſticæ mancipatos, ruſticorum prædiorum inſtar alienari ſine decreto non poſſe *num.* 14. diximus. Nec contrarium probat textus *in leg.* 22. *in prin. C. de admin. tut.* ubi horreorum nomine, quæ juxta Severi orationem alienare ſine decreto potuiſſe Conſtantinus aſſirmat mercium repoſitaria quæ utpotè non ruſtico ſed urbanæ mercaturæ uſui deſtinata urbana ſunt prædia & horrea dicuntur *in leg. Celſus* 5. *in prin. ad exhib. l. clavibus* 74. *de contrah. empt. l. qua ratione* 9. §. *item ſi quas* 6. *de acquir. rer. dom.* §. *item ſi quis merces* 44. *inſtit. de rer. diviſ.* & in aliis juribus adductis à Caldas Pereyra *de empt. & vendit. dict. cap.* 33. *num* 111. *circa finem* intelligenda exiſtimo ut ſuadent illa textus verba: *urbana etiam prædia & mancipia, domos, Balnea, horrea atque omnia quæ intra civitatem ſunt.* In quibus urbanorum prædiorum numero horrea non minus quam domos & balnea recenſeri certum eſt, nec vero aliter horrea urbana prædia dici poſſunt, quam ſi mercium repoſitoria ſignificent. Secundæ objectioni reſpondeo, quod etſi ruſticis uſibus deſtinata ædificia, ſint etiam ruinarum periculis obnoxia, minores tamen ſumptibus quam urbana et plurimum reficiuntur, & prætere tamquam agriculturæ & fructiferis prædiis neceſſaria non minus quam fructifera debent in minoris bonis retineri. Tertiæ reſpondeo ruſtica fructifera prædia nulla talia eſſe, quæ plures ſumptus exigant, quam afferant emolumenti, ut experientia ipſa compertum eſt; nec contrarium Marcianum aſſerere *in dict. l.* 41. §. 1. *de uſufr.* ubi quod ſcribit in his etiam prædiis uſumfructum poſſe conſtitui, in quæ magis impendimus quam de illis acquirimus, omiſſo Galvano *de uſufructu cap.* 31. *num.* 3. ad urbana prædia voluptariis amœnitatis uſibus deſervientia referendum eſt cum Coraſio *ad rubr. digeſt. de uſufr. num.* 9. Antonio Fabro *in ejus textus rationali* & Caſtillo *de uſufr. cap.* 49. *num.* 10. in quibus ideo uſusfructus utiliter conſtituitur, quia & ad meram voluptatem ſeu amœnitatem non minus quam prædialis ſervitus poteſt conſtitui *l. numiſmatum* 28. *dict. l.* 41. *in prin. de uſufructu l. inter ſervitutes* 15. *de ſervit. urban. l.* 3. *in prin. de aqua quotid. & æſtiv. l. competit.* 16. §. 1. *quod vi aut clam*, pro quarum expoſitione & conciliatione *cum l. ut pomum* 8. *de ſervit. & l.* 3. §. *ſed ſi mutua* 4. *de in rem verſo* videndus Galvan. *de uſufr. cap.* 32. *per tot.* Quartæ reſpondeo fundum de quo Paulum *in dict. l.* 13. *hoc tit.* ſterilem omnino non eſſe, imò fructus aliquos ſua natura producere ex illis verbis: *cum utique pro fructuum modo pretium inventurus ſit*, & quamvis ita ſterilem minorum fundum Paulus propoſuiſſet, qui nullos fructus produceret, ſine decreto tamen alienari non poſſe, æquè reſponſurum fuiſſe non dubito; nam & ſterilis ita fundus per culturæ beneficium poteſt ad fertilitatem ſeu obertatem reduci *l.* 1. & 5. & *fere per tot. tit. C. de omn. agr. deſerto lib.* 11. *cap. ad aures* 7. *de rebus Eccleſ. alien. vel non*, junctis quæ circa emphyteuſis originem communiter obſervant Doctores *in* §. *adeo* 3. *inſtit. de locat. & conduct.* Et idcircò in ſterili etiam agro, in quo nullus fructus naſcitur, ſi quidem cultura adhibeatur uſumfructum retineri docemur *in l.* 12. §. *de illo* 3. *verſ. nam ſi & agrum de uſufr.* propter ſperatam ſcilicet fructuum utilitatem, quod ſi deficeret, vix eſſet ut uſusfructus poſſet retineri, niſi aliis forſan uſibus aptus fundus eſſet, & ſi aliter hunc textum interpretetur Galvan. *dict. cap.* 31. *num.* 5. & quamvis ſteriles ita eſſent, ut nec futura (quod vix contingit) poſſet ejus fertilitas ſperari. Hoc tamen ipſum non tutorum arbitrio committi, ſed prætoria potius cognitione diſcutiendum, minorum ſuadet utilitas, & opportuniore loco diſputabimus & docet interim Caldus Pereyra *in leg. ſi curatorem* 3. *C. de in integr. reſtit. min.* verbo *contractum feciſti num.* 14.

Facilius quinta difficultas ſolvitur, ſi dicamus ex his caſibus, quibus ruſtica fructifera prædia ſubjacent, quoſdam veluti terræ motus rariſſimo, quoſdam veluti avium edacitates aut fluminum inundationes raro contingere nec conſiderari oportere *ex reg. textus in leg. ea quæ* 64. *de reg. jur.* argum. textus *in leg.* 3. *cum tribus legibus ſeqq. de legat.* reliquos vero nec frequentes valde eſſe, & ſæpè adhibita diligentia poſſe præcaveri, & quæ aliquibus forſan annis contigerit fructuum ſterilitatem aliorum ubertate ſeu fertilitate longè plerumque compenſari *dict. l.* 15. §. *Papinianus* 4. *locati dict. l.* 8. *C. locati.* Ruſtica denique fructifera mortalia. prædia ſua natura non eſſe, licet ſuperioribus calamitatibus ſint obnoxia ad urbanorum diſcrimen quæ mortalia ſua natura di- 20

cuncut. Quam inter ruſtica & urbana prædia differentiam probat elegans ad rem textus *in dict. l. 11. §. 5. de minor.* & ſic ruſtica magis quam urbana in minorum bonis retineri oportet. Sed nec difficilior eſt Sextæ difficultatis ſolutio, nam cum ex diſparibus longè rationibus decurionibus & minoribus eorumque tutoribus aut coratoribus alienatio fuerit interdicta, decurionibus ſcilicet ne alioquin ſi prædia temerè in alios transferant, curialibus muneribus obeundis aut adminiſtrationis rationibus reddendis minus idonei redderentur, vel ut Caſſiodori verbis utar *lib. 7. var. formula 47. ut ad neceſſitates publicas melius ſufficerent ſi ſubſtantia juvamina plus haberent, quibus* (ut ipſe concludit) *munera poterunt ſuſtineri ſi civitatum nervi paſſim videantur abſcindi.* Quam rem latius proſequuntur Amaya *in lib. 5. Cod. de prad. decur. lib. 50. num. 3. & 4.* & Jacob Gottoffred. *in leg. 2. C. Theodoſ. de pradi. & mancip. Curial.* minoribus vero, & eorum tutoribus aut curatoribus ex diverſa huc uſque fundata ratione ſtat optimè decuriones urbana non minus quam ruſtica prædia alienari ſine decreto prohibere, cum probibitionis ratio æque utraque comprehendit, & tamen ruſtica dumtaxat, non etiam urbana minorum prædia propter expenſam tationis diverſitatem in Severi prohibitione comprehendi. Decurionum autem & minorum quoad alienationis prohibitionem ſimilitudo *in dict. l. 2. C. de offic. ejus qui vicem alic. ud. vel Præſid.* præterquam etſi ad Severi prohibitionem pertineret, poſſet ad terminos ruſticorum prædiorum reſtringi; mea tamen ſententia non poteſt non ad Conſtantini conſtitutionem referri juxta quam ut conſtat *ex dict. l. 22. C. de admin. tut.* ſtatim dicemus minores, eorumque tutores aut curatores decurionum inſtar urbana non minus quam ruſtica prædia alienare ſinè decreto prohibentur, ad Conſtantini vero conſtitutionem inter minores & decuriones adhibitam æquiparationem referendum *in dict. l. 2.* illud evidenter demonſtrat, quod ejus textus autores ſunt Thoedoſ. & Valentinianus quos multò poſt Conſtantinum Romanum ſceptrum tenuiſſe nullus ignorat, non igitur ad abrogatam Jam pridem Severi orationem, ſed ad ſuis temporibus vigentem Conſtantini ſanctionem debet eorum deciſio referri.

Septima magis urget objectio cui reſponde-
21 ri poſſe exiſtimo illud inter Severi orationem & legem Juliam de fundo dotali intereſſe, quod Severi oratio ruſtica minorum prædia & mancipia propter fructuum, quam præſtant commoditatem in eorum bonis retineri, cæteras autem res tanquam penitus, aut ſaltem ferè infructiferas alienari præcepit, ita tamen ut vel ex pecunia ex earum diſtractione redacta, ruſtica prædia ſeparentur ut *num.* 14. dixi, lex autem Julia dum marito ſine uxoris conſenſu prædii dotalis alienationem prohibuit, mulieri quidem & dotis ſecuritati proſpexit, non tamen fructuum habita ratione, qui conſtante matrimonio, non ad uxorem ſed ad maritum propter ejus onera pertinent, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* ſed ipſius dumtaxat prædii, ne alioquin ſi maritus poſt ejus alienationem non ſolvendo efficeretur, reſtitutionis exitus periclitaretur, & idcirco tam urbani quam ruſtici prædii alienationem interdixit, quia licet, urbanum prædium pluribus ſæpè ſumptibus indigeat, ſumptus tamen à marito in ejus tutelam, facti plerumque non in uxoris cedunt diſpendium, imo ſi modici ſint, ideſt ſi fructuum compendio ad levanda onera matrimonii percipiendorum non æquent, indiſtinctè cum fructibus, ideſt urbani prædii locati penſionibus compenſantut *l. fructus 7. §. ult. ſolut. matrim. l. oratio 13. l. quod dicitur 15. de impenſ. in res dotal. fact.* ſi magni, ita demum ſi fructuum cauſa facti dignoſcantur ex generali regula textus *in leg. alt. eodem tit.* pro ut docet Heneſtroſa *de impenſis ſect. 1. num. 29. cum ſeq.* melius quam Barboſa *in dict. l. 7. §. ult. prima part. num.* 13. quod legis Juliæ non ut Severi præciſa prohibitio eſt, imo ex uxoris pendet arbitrio, quæ ſi urbanum prædium imitari ruinam contigerit, ſine dubio ejus alienationi conſentiet, alioquin quod ex ſua culpa propter non præſtitum conſenſum damnum ſenſiſſet juxta vulgarem regulam non intelligeretur damnum ſenſiſſe *l. quod quis 203 de reg. jur.* unde ex legis prohibitione ad Severi orationem quoad præſentem inſpectionem argumentum non rectè deſumitur. Denique nec in ultima objectione expenſi textus refragantur, in quibus omnibus, & in aliis ſi quæ ſimiles inveniantur, ſupponendum omnino eſt Prætoris vel Præſidis decretum interveniſſe, quod ideo omiſſum à conſultis quia in ſuppoſitione utiliter factæ alienationis, difficiliores alias quæſtiones exagitabant, ut præter Accurſium & antiquiores monuerunt Cujacius *lib. 1. reſponſ. Scævol in dict. l. 47. de minorib. & 6 reſponſ. Modeſt. in dict. l. 32 §. 4. de admin. tut. & 47. digeſt. Juliani in dict. l. 44. de adquir. hered. & 5. digeſt. ejuſd. in dict. l. 39. de evict. &* Faber *in Papin. dict. tit. 13. de tutel. prin. 8. illat. 2.* alioquin & inutilis ipſo jure fuiſſet diſtractio propter orationis prohibitionem, & diſtracta ſine decreto ruſtica prædia, quin reſtitutionis beneficio opus habuiſſent, recta via vindicare minores potuiſſent ut ab ſpecie probant textus *in leg. 2. C. ſi adverſ. donat. l. x. l. 4. l. ſi prædium 16. C. de præd. minor.* & per argumentum à contrario ſenſu textus *in leg. ſi res pupillaris 49. de minoribus* cujus illa verba: *quam lex diſtrahi non prohibet* ad Severi orationem cum judicio refert Faber *in ration.* ſimiliter quod *in leg. 5. §. 1. & §. ſane 4. cum l. ſeq. de autor. tutor. dict. l. 3. C. de in integr. reſtit. l. unica in prin. C. de repud.* quæ fiant in judicio & aliis plurib. pupillos vel adultos tutoribus aut curatoribus autoribus res ſuas diſtrahere poſſe proponitur, vel de iis rebus eſt accipiendum, quæ comprehenſæ in Severi prohibitione non fuerunt, vel ſi ad ruſtica prædia & mancipia referatur in præhabiti decreti ſuppoſitione neceſſe debet intelligi.

Hæc tamen ſeveri oratio, quæ adeo mino- 22
ribus utilem hactenus oſtendimus, quatenus præter ruſtica prædia, & mancipia cæterum minorum res tutoribus & curatoribus alienandi neceſſitatem impoſuit, multum eorum utilitati adverſari Conſtantino viſum eſt, qui alienationis prohibitionem ad urbana etiam prædia & mancipia, & res omnes mobiles quæ ſervando ſervari poſſunt extendit *in dict. l. xx. C. de admin. tut.* ut ſic minorum & curatorum

Digitized by Google

fraudibus obviam iret, qui ſæpè nec integra diſtractarum rerum prædia rationum libris adſcribebant, nec ex eis ruſtica prædia comparabant, aut fenori pecuniam occupabant, & quamvis eo nomine obſtricti minoribus eſſent, commodius ſanè fuit integram eorum cauſam ſervari, quam poſt eam vulneratam remedium quærere *l. ult. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.* Alias inſuper ſuæ conſtitutionis rationes, ſeu minorum commoditates expendit, urbanos etenim ſervos, qui totius ſuppellectilis & domeſticarum rerum notitiam gerunt, in domo ſemper retineri oportet, tum ut circa familiares rationes tutores & curatores poſſint inſtruere, tum ad eorum fraudes detegendas, ſi inventarium forſan minuerint aut mutaveriot, vel aliquid ex minorum bonis ſubſtraxerint, nam boni ſervi fraudem fieri prohibebunt, mali vero ſi res exegerit, ſub quæſtione poſiti poterunt prodere veritatem, & ex omnium depoſitionibus religio judicis inſtrueretur *l. ad inſtruendam 34. de admin. tut. l. ult. de ſuſpect. tutor. argumento textus in leg. quæro 58. §. ult. de Ædilit. edict. l. ſervi. 7. de teſtib.* utiles præterea urbani ſunt ſervi ſi quidem aliqua ſint arte præditi propter operas, earumve mercedes, ſi vero tales ſint quibus nulla ſit ars, & qui in uſu minoris diu eſſe non poſſint, labore partim proprio, alimoniarum partim erunt taxatione paſcendi, neque inutiles exiſtimandi, cum poſſint dominorum incolumitati conſulere, quorum vita remota ſervorum cuſtodia ſæpius prodebatur, in quo non ſolum adverſus tutores, ſed & contra immoderatas & intemperantes fæminas quales dicuntur, quæ ſecundas nuptias appetunt ſe minoribus proſpexiſſe Conſtantinus affirmat, quæ plerumque nobis maritis non facultates modo tutelam ipſis procurantes, ſed & filiorum vitam addicunt, quarum fraudibus detegendis urbani ſervi deſerviunt, qui minores Dominos, à quibus ut in plurimum benignè & temperatè tractanrur, non execrantur ſed magis diligunt veteri namque illi proverbio: *quot ſervi tot hoſtes* Dominorum magis ſeveritas quam ſervorum nequitia rauſam præſtiit juxta vulgare illud Senecæ, *non habemus eos hoſtes ſed facimus, dum eis ſuperbiſſimi & crudeliſſimi ſumus.* Quibus utilitatum rationibus motus aſſerere non dubitat Imperator tolerabilius eſſe urbanos eſſe ſervos ſi ita contigerit, ſuis dominis mori, quam extraneis ſervire, quaſi eorum mortalitatis rationem nullam habendam, & nec eorum fugam conſiderandam ſubjungit, quæ ubi contigerit tutori potius propter diſciplinæ, aut cuſtodiæ neglectum, vel propter ſævitiam aut avaritiam erit imputanda. Sed nec domum vendere liceat (inquit Conſtantinus) in qua Pater defecit, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulſas videre ſatis eſt lugubre. Quam eleganter profectò rationem illuſtrant textus *in leg. ſi emptionem 35. de minor. l. libertus 36. de bon. libert. l. 1. §. & alias 25. ſi quid in fraud. patroni*, & eruditè exornat Dionyſius Gottofred. *in not. ad dict. l. 22.* Nec domos etiam alias aut quælibet ædificia licet diſtrahere quæ ſi ſuſceptæ adminiſtrationis tempore fuerint deformata, quod ex inventario ipſo liquebit *argumento textus in leg. 1. §. rectè 4. uſufruct. quem cav.* vel poſtea deteriora fuerint effectu ipſius operis teſtificatione, multorum fide adhibita reficere tutores & curatores tenentur, ut ſic annui reditus plus minoribus conferant, quam per fraudes pretia diminuta. Denique quamvis robur omne patrimoniorum in pecunia veteres potuiſſent, ejus tamen fenerandæ uſum vix diuturnum, vix continuum & ſtabilem eſſe concludit, tutius eſſe arbitratus, ut ea omnia quæ ſervando ſervari poſſunt, in minorum bonis retineantur, quam ut ex eis redacta pecunia occupetur, ne alioquin intercidente ſæpe pecunia, id eſt lapſis aut deperditis ſine tutorum aut curatorum culpa hominibus ad nihilum minorum patrimonia deducantur ut explicant Cujacius *ad tit. C. de admin. tutor.* & Faber *in Papin. dict. tit. 13. de tutel. prin. 7. illat.* 84. in ſumma itaque Severi oratio, quæ niſi tutores & curatores ejus tenore abuterentur utiliſſima omni ævo minoribus fuiſſet propter eorum abuſus & fraudes noxia cæpit minoribus eſſe, & idcirco ex parte à Conſtantino fuit abrogata. Nec novum videri debet, quod non utile ſemper ſit, quod utile aliquando fuerit *l. 2. de conſtit. Princip.* cum utilitatis rationes ſæpè pro temporum varietate mutatas, & Leges publica utilitate introductas progreſſu temporis abrogatas tandem videamus, cujus rei non vulgaria occurrunt exempla *in leg. unic. C. de caducis & in leg. un. de leg. Fuſia can.* junct. Fabro *in Papin. num. 2. prin. 3.*

23 Poſt Conſtantinum itaque illæ dumtaxat minorum res quæ ſervando ſervari non poſſunt à tutoribus & à curatoribus alienari ſine decreto permittuntur, inter quas veſtes uſu detritæ ſeu corruptæ & ſupervacua animalia numerantur in *dict. l.22. in fine. C. de admin tut. & in l. ult. C. quando decreto opus non eſt*, & fructus præterea qui vel ex prædiorum reditibus colliguntur, vel in minorum patrimonio fuerint inventi qui juſto pretio ſunt diſtrahendi, eo nimirum quod in his locis in quibus diſtractio celebratur obtinere dignoſcirur à Juſtiniano recenſentur in *l. ult. C. de admin. tut.* quæ quidem Conſtantini ſanctio (ad quam reſpexiſſe mihi Tribonianus videtur, cujus induſtriam in ſimilibus juris partibus ab aliis ſæpe laudatam, in hac etiam libet obſervare, dum & Conſultorum & Imperatorum qui Conſtantinum præceſſerunt reſponſa iam conſtitutioni quam Severi orationi adæquatet in nonnullis juris locis adductis *num. 18. & in dict. l. 49. de minoribus & in l. non omni 16. C. de admin. tutor.* Severi orationis loco, legem ſimpliciter repoſuit, & ruſticorum prædiorum, & mancipiorum vice aut cæterarum minorum rerum præter ruſtica prædia & mancipia generaliter & indefinitè quæ diſtrahere licet aut non licet ſcripſit) Regio etiam noſtro jure omni ex parte confirmata invenitur in *l. 60. tit. 18. part. 3. l. 4. tit. 5. l. 8. eit. 13. part. 5.* ut contra nonnullos quos ſequitur Guttierez *de tutel. 2. part. cap. 21. num. 3. & 4.* docent Anton. Gomez. *tom. 2. var. cap. 14. num. 13.* Caſtillo *lib. 4. controv. cap. 61. num. 30. & de aliment. cap. 63. & ex num. 18.* Hermoſilla *in dict. l. 4. tit. 5. part. 5. Gloſſa 3. ex num. 2.* Quibus & aliis quos ipſi referunt ſubſcribunt Retes *lib. 1. opuſc. cap. 9. num. 12. &* Olea *de ceſſion. jur. & act. tit. 2. quæſt. 1. num. 1.*

Nonnullæ

24 Nonnullæ ramen adverſus Conſtantini ſanctionem ſe offerunt difficultates. Prima, nam hoc ipſum, jus jam pridem antè Conſtantinum obſervatum appatet ex textu *in dict. l. 7. §. r. de admin. tutor.* ubi docet Ulpianus quod ſi tutor in earum rerum quæ tempore pereunt diſtractione ceſſaverit ſuum periculum facit, debuit namque non quidem præcipiti feſtinatione, ſed nec moratoria cunctatione ſuis partibus fungi, eas igitur dumtaxat minorum res quæ tempore pereunt, ſeu quod idem eſt quæ ſervando ſervari non poſſunr juxta Severi orationem, Ulpiani temporibus ſine decreto diſtrahere tutores & curatores debuerunt, alioquin idem de cæteris minorum rebus præter ruſtica prædia & mancipia conſultus reſpondiſſet. Idem aſſumptum fulcitur ex non obſervato ad rem rextu in *l. ult. C. de tutore vel curatore qu. ſatiſd. non ded.* ubi Conſtantinus ipſe multo ante latam conſtitutionem rextus *in dict. l. 22. C. de admin. tut* (ut utriuſque legis ſubſcriptiones intuenti perſpicuè patebit) non novi ſed clari & explorati juris eſſe reſcribit tutorem ad tutelæ adminiſtrationem electum, ea omnia quæ tempore arctarentur proſequi, ſeu quæ ſervando ſervari non poſſuur alienare debuiſſe. Secunda, in earum etiam rerum diſtractione quæ ſervando ſervari non poſſunt, Prætoris decrero opus eſſe, ur ſic penitus tutorum & curatorum fraudibus occurratur, ſuadere minorum utilitas videtur argumento textus in *l. Ariſto 5. §. r. de jur. delib.* ubi is qui ſuper adeunda hæreditate deliberat, eas adhuc hæreditarias res, quæ ſervando ſervari non poſſunt, non aliter poteſt quam adito Prætore diſtrahere. Tertia, nam & ſibimetipſi contradicere in *dict. l. 22.* Conſtantinus viderur, dum eas res quæ ſervando ſervari non poſſunt ſine decreto diſtrahendi facultatem concedit, & aurum & argentum alienari inconſulto Prætore non ſiuit, cum tamen pecunia, utpote quæ ipſo uſu aſſidua permuratione quodammodo exringuirur *§. conſtituitur 21. de uſufruct.* ex esrum numero eſſe videatur, quæ ſervando ſervari non poſſunr *l. Julianus 30. de petit. hared.* Quarta & ultima, nam ſuperiorem Conſtantini conſtitutionem abrogaſſe Arcadius & Honorius videntur *in l. tutores 24. C. de admin. tut.* ubi tutoribus & curatoribus mobiles minorum res ſine decreto diſtrahendi facultatem elargiuntur, ut ex earum pretio idonea prædia comparentur ut juxta antiqui juris formam creſcat acceſſio, ergo circa mobiles minorum res à Conſtantino ſublatam Severi orationem reſtituunt.

25 Quibus difficultatibus ut ſuo ordine ſatisfaciam, priori reſpondeo quod olim dum Severi floruit oratio, turor qui in urbanorum prædiorum aut mobilium quarumlibet rerum præter ruſticos ſervos diſtractione moraroria cunctatione ceſſaſſet, ſi quidem ob eam rem pupillo damnum aliquod fuiſſet irrogatum, eo nomine tutelæ judicio tenebatur, neque id negat Ulpianus *in dict. l. 7. §. 1. de admin. tut.* ubi de rebus quæ tempore pereunt, exempli cauſa, uti exiſtimo, loquitur idem ſine dubio de cæteris rebus præter ruſtica prædia & mancipia reſponſurus, quia in his rebus quæ tempore pereunt propter moram in diſtractione commiſſam facilius & frequentius damnum minoribus irrogatum. Nec magis obſtat textus *in dict. l. ult. C. de tutor. & curator. qui ſatiſd. non ded.* ubi quod Conſtantinus ante novam conſtirurionem quæ extar in *dict. leg. 22.* tutorem ea quæ ſervando ſervari non poſſunt alienare debuiſſe reſcribir, ur ex ejus littera conſtat, non ad omnes tutores ſpectat, ſed in eo duntaxat tutore procedit, qui ſatiſdationem nondum interpoſuir, qui licet nihil ex pupilli bonis tanquam adminiſtrandi facultate carens etiam cum decreto poſſit alienare ea tantum, quæ ſervando ſervari non poſſunt, alienare tenerur, ejus qui inventarium nondum fecir exemplo qui interim ea duntaxat rectè gerir, quæ nec modicam dilationem expectant *dict. l. 7. in fin. prin. de admin. tut.* Secundæ facilius reſponderur in earum rerum diſtractione quæ ſervando ſervari non poſſunt, Prætoris decretum non exigi, ipſorum minorum multum intereſſe, ne alioquin inter neceſſarias cauſæ coguitiones, & expediendi decreti moras res ipſæ forſan perirent, & earum interitus abſque tutorum aut curatorum diſpendio cederet *ex regula textus in l. 4. C. de pericul. tut.* & diverſam longè eſſe cauſam ejus qui de adeunda hæreditate deliberat, quo cum antè aditionem, nec dominus ſit, nec domini loco ad tutoris diſcrimen habeatur, nec eas quidem hæreditarias res, quæ tempore pereunt, poteſt non adito Prætore diſtrahere, *dict. l. 5. §. r. de jur. delib.* Nec mora aliqua in adeundo Prætore timetur, qui de adeunda hæreditate deliberandi nulla cauſæ cognitione præhabita hujuſmodi res diſtrahendi facultatem confeſtin elargitur.

Tertiæ difficultati reſponderi poſſet primo 26
Conſtantinum in *dict. l 22. C. de admin. tut.* inter quarum alienationem ſine decrero interdicit, non quidem numeratam pecuniam recenſere, ſed aurum & argentum, quo nomine non nummi ſignari ſeu publica forma percuſſi, ſed vaſa aurea vel argentea ſignificantur *l. ſi quis ſepulchrum 12 §. ult. de relig. l. cum aurum 19. in prin. l. Quintus Mutius 27. §. 1. de aur. & argento.* Secundo dici poteſt numeratam pecuniam ut experientia demonſtrat, ex earum rerum numero potius eſſe quæ ſervando ſervari poſſunt, imò & à multis plus nimio ſervari: *l. ſi chorus 79. §. 1. de leg. 3. l. ult. §. ipſum. 5. C. de bon. quæ lib.* Melior textus nec ad rem animadverſus, qui pecuniam illis rebus, quæ tempore pereunt opponit *in dict. l. 12. §. ult. de Relig.* quamvis ipſo uſu aſſidua permutatione extingui quodam modo dicatur, quatenus ſcilicet ſi eum qui pecuniam expendit, & alienat, intueamur, vi ipſa illi conſumitur & perit. Nec aliud ſuadet textus in *dict. l. 30. de petit. hered.* ubi pecuniam quæ ſervari non poteſt, eam conſultus appellat, quam exigi ab inope debitore non poſſe docent Arias Pinellus *in l. 1. C. de bon. mater. 2. prin. num. 42.* Caldas Pereira in *dict. l. 3. C. de in integ. reſtit. verbo contractum feciſti num. 12.* Caſtillo *de aliment. dict. cap. 63. num. 22.* qui tamen rectè docent, quod pecunia etiam inconſulto Prætore alienari à tutoribus vel curatoribus poteſt, quia licet ſervando ſervari poſſit, niſi expendatur nullam affert utilitatem ſecundum eum caſum ad quem deſtinata eſt; & quia juxta Ariſtotel. *lib. 4. Ethic. cap. 1.* totus in ſumptu & erogatione conſiſtit. Accedit fortior alia ratio, ni fallor, quia cum ſinè pecunia nullus fere commerciorum uſus ſit. *l. 1. de contrah. empt.* ejus alienatione prohibita

Digitized by Google

minoribus non ſinè gravi eorum jactura commercium quodam modo interdiceretur, quod potius liberum minoribus eſſe conveniens eſt, *l. quod ſi minor* 24. §. 1. *de minorib.* Quæ quidem doctrina fallit, ſi ad prædiorum emptionem depoſita & deſtinata pecunia ſit, quæ ſine decreto Prætoris alienare tutores & curatores non poſſunt, expreſſi textus *in l.* 3. §. *quid ergo* 6. *de contrar. tut. act. argum. textus in l. a divo Pio* 15. §. *ult. de re judic.* Nec enim in eorum arbitrio eſſe debet, vel ex teſtatoris præcepto vel ex juris diſpoſitione ad prædiorum emptionem deſtinatam in alios uſus expendere & erogare, ut cum pluribus reſolvunt Guttierez *de tutel.* 2. *part. cap.* 5. *num.* 50. & Hermoſilla *in dict. l.* 4. *num.* 5. *part.* 5. *Gloſſa* 3. *num.* 18. *cum ſeqq.* Sed dices quamvis ad prædiorum emptionem deſtinata pecunia alienari hodie ſine decreto non poſſit propter Conſtantini conſtitutionem, quæ tam mobilium quam immobilium rerum alienationem fieri ſine decreto non ſinit, antiquitus tamen etiam inconſulto Prætore alienari potuiſſe videtur contra ſententiam Conſulti in *dict. l.* 3. §. 6. *de contrar. tut. action.* Cum Severi orationem ad ruſtica duntaxat minorum prædia & mancipia pertinuiſſe toties diximus. Huic objectioni cujus ſolutionem ex ſolo minorum favore laudati nuper interpretes deſumunt, reſpondendum arbitror Severi orationem, pecuniam ex illis rebus redactam, quarum diſtrahendarum neceſſitatem tutoribus & curatoribus impoſuit ad ruſticorum prædiorum comparationem, aut ad fenerandi uſum deponi & deſignari juſſiſſe ut *num.* 14. dixi, & idcirco in alios uſus converſi ſine decreto Prætoris juxta orationis ſententiam non potuiſſe, cujus alioqui providentia ſæpe fruſtraretur, ſi ex tutorum vel curatorum penderet arbitrio, quam deciſivam fuiſſe rationem textus *in l.* 3. §. 6. crediderim. Quartæ denique difficultati non difficulter reſpondeo Arcadium & Honorium *in dict. l.* 24. *C. de admin. tut.* Conſtantini conſtitutionem potius firmare, ut ex eo conſtat quod aurum argentumque, & quidquid vetuſtate temporis non mutatur in tutiſſima cuſtodia collocari, id eſt ſine Prætoris decreto alienari non poſſe decernunt, unde quod ſtatim adjiciunt ex mobilibus minorum rebus prædia idonea comparanda, vel ad eas quæ tempore pereunt eſt reſtringendum, vel ſi ad eas etiam quæ ſervando ſervari non poſſunt porrigatur ita intelligendum, ut earum diſtractionem Prætoris decretum præcedat, ut in eo ſolum quod Conſtantinus omiſerat antiqui juris, id eſt Severi orationis obſervantiam reſtituunt, ut ſcilicet ex pecunia eo mobilium rerum legitime facta diſtractione redacta, vel idonea prædia comparentur, vel pecunia fenori occupetur, & uſurarum exactio ad tutorum vel curatorum periculum ſpectet.

27 Hujuſmodi autem alienationis prohibitio, ſive Severi orationem ſive Conſtantini ſanctionem attendamus in minorum perſonis ſine dubio locum habet, qui etiam adulti & ſine curatoribus, quos inviti non accipiunt, §. *item* 2. *inſtit. de curatorib.* degentes res in prohibitione comprehenſas alienare ſine prætoris decreto non poſſunt *l.* 11. §. *ult. hoc tit. l. ſi ad reſolvendam* 7. *l. ſi quidem* 11. *l. ſi minor* 25. *cum duabus legibus ſeqq. C. de præd. min.* Quod & in fœminis viginti quinque annis minoribus obſervatur, quæ licet juxta Conſtantini conſtitutionem, ſi quidem nuptiis eſſent copulatæ, res quaslibet ita poſſent ſine decreto diſtrahere, ſi diſtractioni mariti conſentirent, & venditionis inſtrumento, quod in eo caſu neceſſario requirebatur, ſubſcriberent; hodie tamen etiamſi maritus conſentiat res in prohibitione contentas diſtrahere ſine decreto non poſſunt, *l.* 3. *C. Theod. de contra. empt.* ubi præfatam conſtantinianæ conſtitutionis partem ideo Julianus Imperator abrogavit fœminis minoribus eſt, ipſo venditionis jure non valente ab his, qui ſe illico contractibus miſcuerint, res proprias recipere, quamquam adverſus inopes forſitan maritos ex ea cauſa experiti, & idcirco eam Conſtantini ſanctionis partem, tanquam à Juliano ſublatam, caute Tribonianus omiſit in *dict. l.* 22. *de admin. tut. ut in dict. l.* 3. Jacobus Gottofredus animadvertit. Quinimo etſi viginti quinque annis minores ætatis veniam à Principe impetraverint res immobiles ſine decreto alienandi non obtinent facultatem *l.* 2. §. 1. *in fin. l.* 3. *C. de his qui ven. ætat. l. ult. C. ſi maj. factus alien. fact. & c. l. un. C. Theod. de his qui ven. ætat.* Ne alioquin principale reſcriptum minoribus ipſis qui illud impetrarent obeſſet, & publicam quæ in minorum bonis tuendis conſideratur utilitatem offenderet, juxta illud Theodorici Regis, qui in conſulenda ætatis venia apud Caſſiodor. *lib.* 7. *var. formula* 41. ſic ait *ita ut in alienandis ruſticis & urbanis prædiis conſtitutionum ſervetur autoritas*, Ne cum opinioni præſtare volumus, utilitatem publicam lædere videamur, tradunt Antonius Gomez. *dict.* 2. *tom. var. cap.* 14. *num.* 12. Coſta *in* §. *& quid ſi tantum* 5. *part. num.* 47. & Donell. 21. *comment. cap.* 12. *& ibi* Oſſuald. *litt. X.* Caldas Pereyra *in dict. l.* 3. *C. de in integ. reſtit.* verbo *contractum feciſti num.* 21. & plures referens D. Joſeph de Vela 1. *tom. diſert. Hiſpal. diſert.* 5. *num.* 31. *& ſeqq. & cum aliis* D. Reies *lib.* 7. *opuſc. cap.* 4. *num.* 65. Hinc cum judicio inferes quod uxoratus qui hodie ex Regia Magni noſtri Philippi quarti pragmatica ſanctione, quæ extat *in l. ult. tit.* 1. *lib.* 5. *recop.* à 18. anno incepto; quin ætatis veniam impetrare opus habeat; à curatoris poteſtate liberatur, & liberam bonorum adminiſtrationem acquirit, immobilia bona alienare ſine decreto non poteſt, cum ſimilis ei ſit qui ætatis veniam impetraverit, mobiles autem res etiam quæ ſervando ſervari poſſunt, quarum non minus quam immobilium alienationem hodie ſine decreto interdictam minoribus conſtat *ex dictis & ex rubric. C. de præd. & al. reb. min. qui ætat. ven. impetrav.* alienare ſine decreto non prohibentur, quod mihi probatur non ex eo quod Conſtantinus *in dict. l.* 2. §. 1. *in fin. C. de his qui ven. ætat. & in dict. l. un. C. Theodoſ. eod. tit.* de prædiis duntaxat loquatur, nam ut ex ſubſcriptionibus conſtat hujuſmodi ſanctionem quinque annis ante tulit, quam conſtitutionem textus *in dict. l.* 22. *C. de admin. tutor.* induxiſſet, quo tempore Severi adhuc oratio vigebat, ſed ex eo potius quod Juſtinianus *in dict. l.* 3. *C. de his qui ven. ætatis* minoribus ſimiles eſſe decernit, ideo forſitan quia mobilium rerum diſtractio majus quam cæterarum alienatio irrogat

præjudicium, & ubi majus imminet periculum, majori cautela opus eſt ex vulgari regula textus *in leg. 1. §. ſed & ſi quis 5. de Carbonian. edicto*, niſi quis malit idem quoad res mobiles quæ ſervando ſervari obtinere, & Juſtinianum de immobilibus exempli cauſa locutum, quod non improbabiliter defendi poſſe fatebor.

28 Pupillorum etiam aut adoleſcentium tutores aut curatores res alienari prohibitas alienare ſine decreto non poſſe plusquam manifeſtum eſt, nec quidquam intereſt an teſtamentarii, an legitimi, vel dativi ſint cum Conſtantini conſtitutio, & Severi oratio de tutoribus & curatoribus indiſtinctè loquantur, & generaliter debeant accipi ex regula textus *in leg. de pretio. 8. de publ. in rem act.* ſed dices eorum qui in teſtamento vel à magiſtratu ex inquiſitione tutores dati ſunt, fides & diligentia vel à teſtatore vel à magiſtratu approbata eſt, qui idcirco ſatisdatione non oneratur *l. teſtamento 17 de teſtam. tut. l. ſi impuberi 13. §. ult. de tutor. & curator. dat. ab his. l. 1. de ſatisd. tut.* Ergo teſtamentariis, & ex inquiſitione datis tutoribus debuit alienationis remitti prohibitio, probatur conſequentia, nam æquale imo & majus propter remiſſam ſatisdationem pupillis periculum imminet, ut notum eſt, ſi ergo teſtamento vel ex inquiſitione dati tutores idonei adeo exiſtimantur ut ſatisdationis onere releventur, idonei non minus debent exiſtimari, ut res alienari prohibitas poſſint ſine decreto diſtrahere, aſſumptum probare videtur ignotus ad rem textus *in leg. Titium 47. §. ſi à matre 3. de admin. tutor.* ubi à matre, & ſic inutiliter tutor datus, cum ſe tutorem eſſe falſo exiſtimaret, materna & paterna pupillorum bona diſtraxit, & non ſolvendo deceſſit, & cum de rei vindicatione quæſtio eſſet, reſpondit Scævola: diſtracta bona pupillos vindicare non prohiberi: tunc ſic: ideo bonorum omnium inter quæ ruſtica etiam prædia & mancipia fuiſſe, quamvis non neceſſario, probabiliſſimum tamen eſt, ſine decreto, cujus Scævola non meminerit, diſtractio inutilis eſt, quia à tutore inutiliter matris teſtamento dato facta proponitur, ſi igitur à tutore paterno teſtamento rectè dato facta proponeretur, etiam ſine decreto utilis omnino fuiſſet, nec diſtracta bona vindicare pupilli potuiſſent; ſed reſpondeo oneroſam magis ſatisdationis neceſſitatem quam alienationis prohibitionem tutoribus eſſe, cum ab honeſto & probato viro quærere fidejuſſores contumelia quædam eſſe dicatur *in dict. l. 17. §. ult. de teſtam. tut.* nec niſi difficulter fidejuſſores inveniantur *l. 2. §. ult. de collat. bon.* alienationis autem prohibitio nec contumeliam, nec onus aliquod tutoribus infert, & idcirco tutoribus teſtamento vel ex inquiſitione datis, quibus ſatisdationis onus remittitur, remiſſa alienationis prohibitio non eſt. Nec aliud ſentit Scævola *in dict. l. 47. §. 3. de admin. tut.* Ubi idcirco decreti non meminit, quia alienatio à falſo tutore facta (quidquid dubitaverit Cujacius *lib. 2. reſponſ. Scævol. in eo textu*) etiam decreto intercedente inutilis prorſus eſſe *l. qui nec tutores 8. in prin. hoc tit.* undè quod à contrario ſenſu deducitur à tutore paterno teſtamento jure dato pupillarium bonorum factam diſtractionem utilem eſſe, ſi quidem inter ea res alienari prohibitæ fuiſſe comperiantur in habilibus præhabiti decreti terminis intelligendum neceſſario eſt.

Quod de legitimis tutoribus diximus adeo verum eſt, ut nec parentes qui liberorum quos emancipaverint legitimi tutores exiſtunt, res in alienationis prohibitione comprehenſas poſſint inconſulto Prætore diſtrahere *l. ſi pupillorum 7. §. ſi pater 2. hoc tit. l. 3. C. de præd. minor.* cujus illa verba *maxime ſi tanquam ſuum eſſet, non tanquam pupillare vendiderit* ſignificant, quod licet ſi pater idemque tutor pupillare prædium pupilli nomine ſine decreto diſtraxerit, diſtractio non valeat, ſi tamen pupilli prædium tanquam ſuum proprio nomine ſine decreto vendiderit, fortiori ratione venditio inutilis eſt, & quia ſine decreto, & quia non pupilli ſed proprio nomine facta; ſi vero parens idemque tutor prætoris decretum deſideret propter parentum affectum proniorem & procliviorem ad decretum interponendum Prætorem eſſe debere *in leg. 7. §. 2. hoc tit.* Ulpian. admonuit. Hinc dubitari ſolet an parens qui ex novis conſtitutionibus adventitiis peculii filiifamilias uſumfructum obtinet, & legitimus eſt peculii adminiſtrator, ſi filius ætate ſit minor poſſit adventitii peculii immobiles aut mobiles eas res quæ ſervando ſervari poſſunt ſine decreto diſtrahere? In qua re dicendum breviter eſt Patrem, eumdemque legitimum adminiſtratorem proprio quidem nomine nullam ex adventitii peculii rebus utiliter alienare *l. 1. C. de bon. matern. l. cum oportet 6. §. non autem 2. C. de bon. quæ liber.* filii autem quamvis ætate minoris nomine juſta aliqua cauſa intercedente, ex his quæ recenſentur *in leg. ult. §. ſin autem 4. cum ſeq. C. eod. tit.* immobiles etiam aut mobiles quaſcumque adventitii peculii res alienare ſine decreto non prohiberi, ut probatur *ex dict. l. ult. §. ubi autem 3.* ibi: *Cujuſcumque ætatis filius inveniatur junct. duob. §. §. ſeqq.* quod paternæ pietati indultum eſſe conſtat *ex dict. §. 3.* Nec mirum quod parentis legitimi tutoris, ejuſdemque legitimi adminiſtratoris, ita diverſa ſit cauſa, cum patriæ poteſtatis jus pleniorem, liberioremque adminiſtrationem, quam tutela debeat præſtare, & in aliis etiam juris partibus plurimum inter parentem & legitimum adventitii peculii adminiſtratorem, eumdemque emancipatorum liberorum legitimum tutorem interſit, uti apparet *ex dict. l. 6. §. 2.* ubi plura parenti legitimo adminiſtratori tribuuntur quæ eidem, ſi legitimus tutor eſſet, deneganda dubitare nemo poteſt, Docent plures quos refert & ſequitur Caſtillo *de uſufr. cap. 3. num. 71. cum. ſeq.* & alii congeſti ab Ayllon *in addit. ad Amon Gomez 2. tom. var. cap. 14. circa fin.* 29

Nec adoleſcentis ſolum, ſed & furioſi, mente capti, prodigi & eorum omnium, qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt curatores res alienari prohibitas alienare ſine decreto vetantur *dict. l. 8. §. 1. l. ſi prædia 11. verſ. idem ſervari hoc tit. l. 2. C. de curat. fur.* non quidem ex verbis orationis D. Severi quæ ad eos dumtaxat curatores ſpectant, quos adulti poſt finitam tutelam accipiunt, ſed ex ejus mente & ſententia propter rationis identitatem *l. 8. §. 1.* Quare ferendum eſt quod *in leg. conſilio 7. §. 1. de curat. furioſ.* dementis curatorem res quaſdam ex ejus bonis legitimo modo alienaſ- 30

ſe proponitur, id eſt ruſtica prædia, aut mancipia Prætoris decreto præhabito, tes autem cæteras bona fide etiam ſine prætoris autoritate, ut advertit ibi Cujac. *lib.* 21. *digeſt. Jul.* verum Prætoris etiam decreto interecdente ruſticum furioſi prædium enratorem non jure diſtrahere prohiberi videtur ex non obſervato ad rem textu *in leg.* 7. §. *ult. de curat. fur.* ubi docet Julianus eum qui ab aliquo ex euratoribus furioſi fundum legitimè id eſt Prætoris decreto interveniente mercaretnr uſucapturum. Tunc ſic: ſi furioſi curator ruſticum ejus prædium adhibito Prætoris decreto jure diſtraheret, dominium in emptorem ſtatim ttansfert, qui ſine uſucapione indigeret, nec proprium jam fundum, & ſi vellet uſucapere, poſſet juxta vulgarem regulam textus *in* §. *ſed ſi rem* 10. *inſtit. de legat. cum ſimilib.* Sed qui à eutatore furioſi fundum Prætoris decreto intercedente, mercatur, eum nſucaprurus dieitur, ergo à furioſi curatore etiam Prætoris antecedente decreto, facta diſtractio inutilis prorſus, nec ullum in emptorem trausfert dominium. Nec dicat aliquis cum Cujacio *dict. lib.* 21. *digeſt. Juliani in dict.* §. *ult.* non furioſi proprium ſed alienum fundum Prætoris decreto præhabito diſtractum à euratore furioſi, & idcirco dominium in emptorem confeſtim transferri non potuiſſe, & uſucapionis beneficinm emptori neceſſarium fuiſſe; nam huic interpretationi littera ipſius textus contradicit, in qua Julianus fundum furioſi proprium ab ejus curatore, legitimo modo diſtractum expreſſè proponit; huic ergo difficultati quam & prætermiſit Antonius Faber *in Papinianea dict. tit.* 13. *de tutor. prin.* 3. *illat.* 2. ex propria obſervatione reſpondeo *in dict.* §. *ult.* fundi furioſi diſtractionem ab ejus curatore legitimo modo factam utilem fuiſſe, & ex ejus cauſa dominium ſtatim in emptorem fuiſſe ttanſlatum, nec id Julianum uegare, qui dum emptorem fundum uſucapturum ſcribit, bonitarium quidem, ſeu naturale dominium ex cauſa diſtractionis eamque ſubſecutæ traditionis emptorem ſtatim acquiſiiſſe ſupponit, quiritarium vero ſeu civile dominium, quod ttansferri per naturalem traditionis actum non potuit acquirere, ſeu bonitario adjicere non aliter, quam per uſucapionis beneficium poſſe juxta ſui ſæculi principia rectè decidit, nam olim eveniebat ſæpè ut qui ex juſta aliqua cauſa bonitarinm dominium acquiſiiſſet, quiritarinm poſtea per nſucapionem acquireret, & bonitario adjiceret, quod enim vulgo dicitur acquiſitum ſemel dominium ex alia cauſa acquiri non poſſe, eo pertinet, ut unum idemque domininm ſemel ex juſta aliqua cauſa quæſitum, ex nova iterum acquiri cauſa non poſſit, non autem prohibet ut qui bonitarium dumtaxat dominium acquirit, ex nova poſtea cauſa veluti uſucapione quiritarium acquirat, & bonitario adjiciat, uti probant ſic intelligendi textus *in leg. Prætoris* 5. *l. ſi finitæ* 15. §. *Julianus* 16. *&* §. *ſi de vectigalibus* 26. *cum ſeq. de damno infect. l.* 4. §. *lana* 19. *l. ſi fur.* 32. *in prin. l. non ſolum* 33. §. 1. *l. cum vir* 42. *l. juſto* 44. §. 1. *de uſucap. l.* 2. §. *ult. pro emptor. l.* 2. *pro ſuo. l. certè* 6. §. *Julianus* 3. *de precar. l. quamvis* 82. *de furt. Ulpianus in fragm. tit.* 1. *de libert.* §. *in bonis* 13. *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* quorum aliqnos noviter expoſui in Academ. *de uſucap. cap.* 2. *num.* 3 *& cap.* 3. *num.* 25. *& cap.* 5. *num* 5. *cum duob. ſeqq.* & quibus nunc adjicio textum *in dict. l.* 7. §. *ult. de curat. furioſ.* ubi ſimiliter emptor bonitario fundi dominio, quod per traditionem à furioſi euratore factam quæſivit per uſucapionis beneficium quiritarium poteſt adjicere.

31 Cæteras autem res in alienationis prohibitione non comprehenſas furioſi & ſimilium, qui rebus ſuis ſupereſſe ipſi non poſſunt, curatores non minus, quam pupilli aut adoleſcentis tutores aut curatores etiam ſine Prætoris decreto alienandi, quantumvis negotiorum exegerit adminiſtratio liberam obtinent facultatem, ut probat textus *in leg. inter bonorum* 48. *de admin. tut.* ubi furioſi aut prodigi curatoribus plenam rerum adminiſtrationem committi docemur; profecto vero plenæ adminiſtrationis nomine libera alienandi facultas, quæ adminiſtrationem concernat, denotatur. Et ſanè ſi furioſi & ſimilium curatores nullam rem alienare ſinè Prætoris poſſunt decreto, non niſi fruſtra & impertinenter Severi oratio quæ de tutoribus & euratoribus fuit locuta, ad furioſi & ſimilium curatores extendi diceretur *in dict. l.* 8. §. 1. *dict. l.* 11 *hoc tit. & in dict. l.* 2. *C. de curat. furioſ.* Quod ideo animadverto quia in hac re graviter deceptum video ſubtiliſſimum alioqui Antonium Fabrum qui *in Papin. dict. tit.* 13. *de tutel. prin.* 2. *illat.* 9. *per tot.* furioſi euratorem ad tutoris diſcrimen, nec eas quidem res, quæ comprehenſæ in alienationis prohibitione non ſunt, alienare non aliter poſſe exiſtimat, quam ſi prætoris decretum interceſſiſſet, ex eo motus, quod cum furioſus utpotè cujus nulla voluntas eſt, nec cum curatoris autoritate dominium poſſit transferre, nec etiam ejus curatori debet dominii tranſlatio committi per quam furioſi minuitur patrimonium. Fallitur tamen (ut dicebam) vir doctiſſimus, nam imo quia furioſi nulla voluntas eſt, ejus euratori libera committitur adminiſtratio, quæ alienandi facultatem importat, quantumvis furioſi utilitas exegerit, cujus patrimonium poteſt per utilem alienationem augeri. Nec Fabri opinionem juvat textus *in leg. Julianus* 10. §. 1. *de curator. furioſ.* ubi docet Ulpianus quod furioſi curator rem quidem ſuam quaſi furioſi, id eſt, ſuam eſſe ſciens, ſed quaſi furioſi negotium gerens (alioqui ſi errore ductus rem furioſi eſſe exiſtimavit, aliud juris eſſet, *l. ſi procurator* 35. *de acquir. rer. dom.*) tradere poteſt, & dominium transferre, rem autem furioſi, ſi quaſi ſuam tradat, dominium non transfert, quia non furioſi negotium gerens tradidit. Hæc autem Ulpiani deciſio noſtram ſententiam confirmat, nam ſi ideo inutilis traditio dicitur, quia eutator rem furioſi quaſi ſuam, proprio ſcilicet nomine tradidit, quod ideo in alio quolibet curatore ſervari conſtat *ex dict. l.* 3. *C. de præd. min.* ut dixi *num.* 29. Si ergo tanquam furioſi ejuſque nomine tradidiſſet, efficax ſine dubio ad dominii ttanſlationem traditio fuiſſet. Sed nec pro Fabro faciunt textus *in leg. ab agnat.* 13. *& in leg. ult. de curat. furioſ.* in quibus euratori rem furioſi nec dedicare nec donare permittitur, quia dedicatio & donatio patrimonii potius diſſipationem quam adminiſtrationem inclu-

Digitized by Google

dunt, quas idcirco nec alii cuilibet tutori vel curatori permitti poſtea dicemus. Ex eo autem potius infertur alienationis ſpecies aliqua quæ non ad diſſipationem ſed ad patrimonii adminiſtrationem ſpectat curatori furioſi non minus quam reliquis curatoribus & tutoribus exercere *l. quod ſi fortè* 14. §. 7. *de ſolution.* Noſtram denique ſententiam fulciunt inferius exponendi textus *in leg. tutor.* 16. *in prin. de pignor. act. l. pignus* 11. *de curat. furioſ. l. curator.* 3. *l. ſi in rem.* 7. *C. ſi res alien. pignori.*

32 Jam vero poſtquam de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt pro temporum varietate alienari prohibitis & de perſonis quibus interdicta earum alienatio eſt exactè diſputavimus; quinam actus prohibitæ alienationis nomine comprehandantur quæ hujus capitis poſterior, nobilior, tum & jucundior ſanè pars eſt ut diſcutiamus oportet, & quidem omnis ille actus per quem dominium transfertur citra dubium prohibitæ alienatiuuis nomine comprehenditur *l. ult. C. de reb. alien. non alien, l.* 1. *C. de fund. dot.* Hinc res ſivè ex Severi oratione, ſive ex Conſtantini conſtitutione alienari prohibitæ ſine prætoris decreto in venditionis contractum inutiliter deducuntur, ut conſtat *ex integro noſtro titulo, & ex tit. C. de præd. min.* quia emptionis & venditionis contractus quamvis ante factam traditionem dominium in emptorem non transferat, nec alienationem contineat *l. ſi ager* 50. *in prin. de rei vind. l.* 67. *de verbor. ſignif.* traditione tamen ſecuta ad dominii tranſlationem efficax eſt, textus *in leg. clavibus* 71. *de contr. empt.* cum ſimilibus. Pariter nec inconſulto Prætore poſſunt utiliter permutari *l. non ſolum* 4. *C. de præd. min.* quia permutatio præcipua alienationis ſpecies eſt *l.* 1. §. *ideoque de rer. permut.* Sed dices: dotalis fundus cujus alienationem lege Julia conſtat interdictam à marito utiliter permutatur *l. ſi ei nuptura* 25. *cum duab. legib. ſeqq. de jur. dot.* & eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari prohibitæ etiam ſine Prætoris decreto utiliter permutari potuerunt. Verum prærerquam quod præfati textus non de dotalis fundi, ſed de dotalium aliarum rerum, quarum alienatio interdicta non eſt, permutatione loquantur, etſi maximè dotalem fundum à marito recte permutari docerent, ſuperiori aſſertioni non obſiſterent, cum de ea permutatione loquantur, quæ ex mutua utriuſque conjugis voluntate & conventione procedit, profecto vero maritum conſentiente uxore dotalem fundum alienare quovis modo potuiſſe eo jure quod viguit ante novam Juſtiniani conſtitutionem quæ extat *in leg. un.* §. *& cum lege Julia* 15. *de rei uxor. act. & in pr.* t. *quibus alienare licet vel non* nullus ignorat; alienationis autem probibitio, quæ ex Severi oratione & Conſtantini conſtitutione dimanat abſuluta & generalis eſt, nec tutoris aut curatoris arbitrio committitur, cujus nomine non poteſt non indiſtinctè permutatio ſignificari.

33 Ex eadem ratione res alienari prohibitæ in ſolutum dari ſine prætoris decreto non poſſunt, cum ſolutio dominii tranſlationem ſeu alienationem operetur *l. obligati* 9. §. *pupillus* 2. *de a... tut.* Quod itaque minorem adverſus ſolutionem à ſe factam legimus *in leg. illud.* 25. *de minor. l. qui res* 98. §. *huic* 2. *de ſolution. l.* 2. *C. ſi adverſ. ſolut.* exaudiendum ita eſt ſi rem in alienationis prohibitione non comprehenſam perſolverit, alioqui adverſus ipſo jure inutilem ſolutionem opus reſtitutione non eſt, quæ imo non competit, ubi minor ipſo jure tutus eſt, *l. in cauſa* 16. §. 1. *de minor.* ſpectat ad hanc partem textus *in leg. magis puto* 5. §. *ſi pupillus* 5. *hoc tit.* ubi ſi pupillus tutore autore pecuniam ſtipulanti ſpoponderit, fundum in ſulutum dare ſine Prætoris decreto non poteſt, alioqui inquit Paulus, *inventa erit alienandi ratio*, quaſi dicat: ſi pro pecunia fundus in ſolutum dari inconſulto Prætore poſſet, facile alienationis prohibitioni fraus erit, ſi pupillus tutore autore pecuniam primum promiſerit, mox pro pecunia fundum in ſolutum daret, ut ergo fraudi locus eſſe non poſſit, fundum ſine Prætoris decreto in ſolutum non rectè dari merito Ulpianus reſpondit, cujus ſententiam tunc etiam veram eſſe cenſerem, cum pupillus tutore autore fundum ipſum ſtipulanti ſpopondiſſet, quæ ſine decreto ſolvere abſque decreto Prætoris non poſſet, & ſtipulatio utpote quæ traditione ſecuta dominii tranſlationem inducit *l. ubi autem* 75. §. *ult. de verb. oblig.* non poſſit non venditionis exemplo prohibitæ alienationis nomine comprehendi. Accedit quod contractus, qui traditione ſecuta dominium tranſferunt circa eorum res qui ſub tutela vel cura ſunt inconſulto Prætore celebrati nullam efficacem obligationem producunt, imo ipſo jure ſunt inutiles tanquam initi contra prohibitionis tenorem, & Severi oratio, & Conſtantini conſtitutio non alienationem modo, verum & contractus ipſos, ex quibus alienatio proficiſcitur ſine Prætoris decreto nominatim prohibeant, ut probant textus *in dict. l.* 7. §. 2. *hoc tit. & in dict. l.* 22. *C. de admin. tutor.* in quibus diſtractio ſeu venditio interdicitur, quæ tamen antè traditionem alienatio dici non poteſt *dict. l.* 67. *de verb. ſignif.* alioqui ſi contractus, qui traditione ſecuta dominium transferunt ſine Prætoris decreto celebrati efficacem obligationem producerent, omnino interdictionis providentia eluderetur, dum fundus ex venditionis, aut ſtipulationis cauſa debita tradendus & alienandus, quamvis & Prætoris decreto præciſe ſoret cujus interponendi neceſſitas ex tutoris vel curatoris voluntate penderet. Contrarium tamen evincere videtur textus *in leg. ſi minor.* 15. *C. de præd. min.* cujus hæc ſunt verba: *ſi minor viginti quinque annis prædium ruſticum, cum aliud deberes, ſine decreto in ſolutum dediſti, dominium à te diſcedere non permittit S. C. autoritas*, ex quibus infertur, quod ſi minor prædium ruſticum deberet, illud ſolvere & alienare ſine Prætoris decreto poſſet, poteſt ergo minor ruſticum prædium etiam inconſulto Prætore ex alicujus contractus cauſa debere, illudque poſtea ſine decreto ſolvere & alienare, ſed præter quam quod dici non improbabiliter poſſet minorem ad quem reſcriptum illud dirigitur, ex facto in precibus expreſſis ſe ſe aliud prædium quam quod ſolvi debuiſſet, idem tamen Imperatores reſponſuros, & ſi prædium, quod minor ex venditionis, aut ſtipulationis cauſa ſe falſo debere exiſtimaret ſolutum proponeretur, quamvis illa reſcripti verba *cum aliud deberes* non ſupplici minori ſed Principibus ipſis tribuan-

Digitized by Google

rur, accipi quam optimè poſſunt de alio prædio non ruſtico, ſed urbano cujus alienatio Diocletiani & Maximiani temporibus prohibita nondum erat, aut de re alia ſimili in alienationis prohibirione non comprehenſa, quam & debere & ſolvere minor potuiſſet, & ſi quidem ad ruſticum aliud prædium referantur, ſunt tamen (ut Accurſius in eo textu prævidit) in habilibus terminis accipienda, ruſtici videlicet prædii, quod non propriæ ſed hæredirariæ obligationis ratione ab eo ſcilicet contractæ, cui minor ſucceſſerit debeatur, quod ſine Prætoris decreto ſolvirur *dict. l. 5. § ſed ſi prætor 6. cum ſeq. hoc tit.* aut in ſimilibus aliis caſibus in quibus conquieſcit prohibitio de quibus omnibus agendum *ſeq. cap.* eſt.

34 Sed nec tranſigi ſuper eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt rebus alienari prohibiris inconſulto Prætore poteſt *l. ſi profundo 33. C. de tranſact. dict. l. 4. C. de præd. min.* cum tranſactio dominii tranſlationem pariat, & quiſquis vetarur alienare hoc ipſo & tranſigere prohibeatur *l. 1. §. 1. de offic. procurat. Cæſaris l. nulli 13. de tranſact. l. 1. §. at ſi tranſegit 9. ſi quid in fraud patron. l. cum ſolus 29. de uſucap. l. pen. §. 1. de except. rei judic. l. pen. C. pro emptore* junctis quæ cum pluribus docent D. Olea *de ceſſ. jur. & act. tit. 6. quæſt. 7. num. 22.* & Valeron *de tranſact. tit. 5. quæſt. 5. ex num. 1.* Quæ doctrina non ſolum procedit ubi res ipſa alienari prohibita tranſactionis cauſa traditur, ſed etſi penes tertium poſſeſſorem ex cadem cauſa ſine Prætoris decreto dimittatur, qui propriiſſimi ſunt termini textus *in dict. l. 33. C. de tranſact.* Nam & rei controverſiæ ex cauſa tranſactionis penes poſſeſſorem facta diviſio dominii tranſlationem ſeu alienationem inducit *l. ejus rei 46. de rei vind.* ex regula textus in *l. certi conditio 9. §. ult. de rebus cred. l. qua ratione 9. §. interdum. 5. de acqnir. rer. dom §. interdum 44. inſtit. de rer. diviſ* ut latius proſequuntur Olea *dict. tit. 6. quæſt. 7. ex num. 25* & Valeron *dict. tit. 5. quæſt. 5. ex num. 9.* Nec tunc obſtat quod turor ſuper pupilli bonis non quidem diminuendi ſed decidendi cauſa nulla decreti facta mentione tranſigere poſſe dicatur *in l. Lucius Titius 46. §. ult. de admin. tutor. l. ſi pignore 54. §. ult. l. interdum 56. §. qui tutelam 4.* ex cojus verſic. *Sed & circa curatorem* ut id obiter admoneam, evidenter iterum rejicirur Antonii Fabri ſententia quam *num. 31.* ſatis impugnavimus) *de furtis*, & quod minor adverſus tranſactionem in integrum poſſit reſtitui *l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſact. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. tranſact.* Cum tamen explorati juris ſit adverſus tranſactionem, quæ ipſo jure inutilis eſſet in integrum reſtitutioni locum eſſe non poſſe *dict. l. 16. §. 1. de minor.* Quia facile reſpondetur eorum jurium ſententiam accipi commode poſſe de tranſactione ſuper illis rebus interpoſita quæ comprehenſæ in alienationis prohibitione non ſunt, aut ſi ad res alienari prohibitas referatur in interpoſiri decreti terminis intelligi oportere ut fere docuit Antonius Faber in *Papinianea dict. tit. 13. de tutor. prin. 7. illat. 43.* cui & ſubſcribunt Oſtuald. *lib. 3. comment.* Donell. *cap. 12. litter.* P. & Valeron. *de tranſact. tit. 4. quæſt. 1. num. 27.* & nullo ex his relaro ſic criam explicat Arnoldus Vinnius *in eod. tract. cap. 3. num. 7.* & illuſt. Ramos *lib. 1. ad leg. Jul. & Pap. cap. 8. num. 3.* Quod autem *in l. qui cum tutoribus 9. §. ult. de tranſact. l. 4. & 5. l. cum proponas 17. l. non minorem 22. l. ſi majores 25. l. ſi major. 36. C. eod. tit.* tranſigentem ætate majorem eſſe requiritur non eo pertinet, ut adultus ſine curatore degens indiſtincte tranſigere prohibeatur, ut falsò crediderunt cum pluribus Narbona de ætate ad omnes actus humanos requiſita à *num. 25. quæſt. 12 per totam.* & Valeron. *dict. tit. 4. quæſt. 1. num. 32. cum quatuor ſeqq.* Sed eo potius ut tranſactio ſtabili firmitate potiatur, nec ſit periculo receſſionis obnoxia per in integrum reſtitutionis beneficium, quod circumſcripto minori, tametſi legitimo tranſegerit, competere nuper diximus, prout melius ſentit Vinnius *dict. cap. 3. num. 3. circa fin.* De his igitur duntaxat rebus, quæ alienari prohibentur minoribus & tutoribus aut curatoribus tranſigere non licet, nec ſemper, ſed tunc ſolum cum res ipſa alienari prohibita adverſario traditur vel apud eum ex tranſactionis cauſa dimittitur, quibus in caſibus tranſactio vera alienationis ſpecies eſt, cæterum ſi res ipſa alienari prohibita ſuper qua controverſia eſt in patrimonio retineatur, quamvis adverſario viciſſim aliqua ſummæ pecunia præſtetur, etiam ſine Prætoris decreto interpoſita tranſactio jure ſubſiſtit, utpote quæ tunc non alienationis ſed acquiſitionis ſpecies eſt, *l. cum ea 21. C. de tranſact.* ut cum innumeris quos referunt, ſecure tradunt D. Olea *de ceſſione jur. & act. tit. 2. quæſt. 1. num. 46. cum ſeq.* Valeron. *de tranſact. dict. tit. 4. quæſt. 1. num. 26.* & illuſtris. Ramos *dict. lib. 1. ad leg. Jul. & Pap. cap. 8. num. 10.* qui eamdem diſtinctionem in compromiſſo ſuper rebus alienari prohibiris facto ſervandam advertunt. Quod & præter ipſos docet D. Gonzal. *in cap. cum tempore 5. de arbitris num. 10.* & ad praxim, utiliter inferunt in Hiſpanis majoratibus, de quorum bonis propter prohibitam eorum alienationem, citra Regiam facultatem nec tranſigi, nec compromitti poſſe, magis obtinuit; utrumque tamen ſubſiſtere, ſi majoratus bonis de quibus contenditur retentis aliud inſuper litis terminandæ cauſa adverſario præſtetur.

Ex eiſdem principiis fluit quod ſi res alienari prohibita inter minorem & majorem communis ſit, minori aut ejus tutori vel curatori ſocium ad diviſionem provocare inconſulto Prætore non licet, ut colligitur *ex dict. l. 1. §. 2. verſ. ſi communis l. ſi pupillorum 7. in prin. hoc tit. l. inter omnes 17. C. de præd. min.* cum diviſio ſeu adjudicatio quæ communi dividundo judicio fit, venditionis vicem obtinere dicatur, *in l. 1. C. commun. utriuſque judic.* & propria dominii tranſlationis ſeu alienationis ſpecies ſit, ut conſtat ex Ulpiano *in fragm. tit. 19. de dominiis §. adjudicatione 15.* & ex Juſtiniano *in §. ult. de offic. jud.* ubi etenim res inter aliquos pro indiviſo communis eſt indiviſa uniuſcujuſque pars incerta penitus eſt, & ideo per totam rem ſerpit & diffunditur, ut nullus certæ alicujus quamvis minimæ partis ſolus dominus dici poſſit, ſed unuſquiſque minimæ etiam cujuſlibet partis dimidiam pro indiviſo partem obtineat *l. 3. §. ult. qui potior. in pign. l. ſervus 5. de ſtipul. ſer.* Cuj. *lib. 7. quæſt. Papin. in l. 5. de uſufr.* Valent. *lib. 2. illuſtr. tract. 4. cap. 3. ex num. 7.* Diviſione autem facta unuſquiſque ſicuti certæ ſibi nimirum aſſignatæ partis ſolus 35

Digitized by Google

dominus eſſe incipit, ſic alterius partis ſocio adjudicata dimidiam pro indiviſu partem amittit, & idcirco quiſquis alienare prohibetur, ſi rem cum alio pro indiviſo communem habeat, ſocium ad diviſionem provocare non poteſt; ut videre eſt in marito qui ex eo quod dotalem fundum alienare vetatur, ſi quidem fundum cum alio communem in dotem acceperit, eum ad communi dividendo judicium provocare non poteſt *l. ex caſtrenſi* 18. § *itaque* 2. *de caſtrenſi pecul. l.* 2. *C. de fund. dot.* & in patre qui licet caſtrenſis filiiſamilias peculii dominus ſit in veriori ſententia quam dexterè fundat D. Retes *lib.* 5. *opuſc. cap.* 6. *per tot.* quia tamen poteſtatis eſt expers, ſi forſan aliquod caſtrenſis peculii res cum alio communis ſit ſocium ad diviſionem provocare impeditur *dict. l.* 18. §. 2. *juncto* §. 1. *de caſtrenſ. pecul.* ſimiliter ergo ſi res alienari prohibita in noſtris terminis cum alio communis ſit, nec minori, nec ejus tutori vel curatori ſocium ſine Prætoris decreto ad diviſionem provocare permittitur. Hinc ſi res alienari prohibita communis duorum minorum ſit neutrum eorum ad diviſionem provocare, ſed utrumque provocationem expectare oportere *in dict. l.* 7. *in prin. hoc tit.* Ulpianus decidit; ſive eoſdem tutores vel curatores habeant quæ res difficiliorem provocationem efficit, cum nemo ſeipſum provocare & mutuas condemnationes, & adjudicationes pati poſſit, *l. licet* 42. §. *ſi plures* 6. *de procur.* cui non opponitur textus *in l. accipientis* 15. *de auctor. tutor.* cujus ſententia in diverſis pupillorum cauſis adverſus extraneos exaudiri, in quibus ſive uterque actor, ſive reus uterque, ſive alter actor alter reus ſit, unica tutoris autoritate judicium recte peragitur, ut cum antiquioribus nonnullis hæc jura in concordiam redigit Anteceſſor noſter D. Nicolaus Fernandez de Caſtro *in prælectione ad text. in dict. l.* 2. *C. de fund. dot, num.* 15. Sive diverſos tutores aut curatores habeant, cum diviſio ex provocatione dimanans voluntaria ſit alienatio tam in Conſtantini quam in Severi prohibitione comprehenſa, inde etiam facile exponitur textus *in l. ſi inter vivos* 8. *C. comm. utriuſq.* ubi communium rerum diviſio relicta vel tranſlata poſſeſſione (ruſtico videlicet prædio quod ſæpè poſſeſſionis nomine denotari ſolere præter vulgatia juris teſtimonia à quibus conſulto abſtineo, in noſtris terminis probant textus *in l. minorum* 6. *de præd. min. l.* 2. & 3. *C. ſi quis ignorans rem minoris*) inter ætate majores idcirco facta proponitur, quia cum Prætoris decretum non interceſſet, inter minores facta ipſo jure inutilis eſt. Nec contrarium ſuadent textus *in l. inter pupillos* 20. *de autor. tut.* ubi inter populos tutore autore paternæ hæreditatis facta diviſio etiam inconſulto Prætore jure ſubſiſtit, & *in l. pen. C. comm. divid.* ubi minori qui res cum majori communes ſine Prætoris decreto divirit, ſi ſe læſum oſtenderit, in integrum competit reſtitutio, quæ ut ſæpius dixi utilem diviſionem ſupponit, nam Scevolæ deciſionem in *dict. leg.* 10. tunc procedere, cum hæreditas in bonis mobilibus aut urbanis prædiis conſiſtebat, aut ex teſtatoris, vel prætoris permiſſu fieri diviſio potuit, cum judicio prævidit Antonius Faber *in Papin. dict. tit.* 13. *de tutor. prin.* 8. *illat.* 61. quem videre potuerunt eandem interpretationem tradentes Doctiſſimi anteceſſores noſtri D. Ferdinand. Arias de Meſa *lib.* 3. *var. cap.* 28. *num.* 10. & 11. & D. Nicol. Fernandez de Caſtro *in dict. l.* 2. *C. de fund. dot. num.* 16. in quibus ſimiliter terminis intelligendum exiſtimo textum *in dict. l. ult. C. comm. divid.*

36 Fortiori ſane ratione donatio quæ gratuita alienatio eſt, *l. in ædibus* 9. §. *ult. de donat.* prohibitæ alienationis nomine continetur *dict. l.* 4. *C. de præd. min.* Plurimum autem inter adultos, qui ſine curatoribus degunt, & eos qui ſub tutela vel cura ſunt, & eorum tutores vel curatores quoad hanc juris partem intereſt; nam adulti qui ſine tutoribus degunt, res quidem alienare prohibitas donare non poſſunt, cæteras autem donare non prohibentur, quamvis poſſint adverſus donationem reſtitui, expreſſi ſunt textus *in l.* 2. *C. ſi adverſ. donat.* textus ſic intelligendi *in l. ult. verſ. cum autem donationes C. ſi major. fact. alien. fact. ſine decret.* Ex qua conſtat hoc ipſum in minoribus qui à Principe ætatis veniam impetrarint ſervari, niſi quod in integrum reſtitui adverſus validam donationem non poſſunt ex regula textus *in l.* 1. *C. de his qui ven. ætat.* Nec contrarium ſentit Papinianus *in l. tutores* 39. §. *ab eo* 13. *de admin. tut.* qui ſive de majori ut voluit Faber *dict. tit.* 13. *de tut. prin.* 8. *illat.* 10. ſive de eo minore accipiatur qui ætatis veniam impetravit ut ſentit Cujacius in eo textu *lib.* 5. *reſponſ. Papin.* cui poſt Dioniſium Gottof. ſubſcripſit Valeron *de tranſact. dict. tit.* 4. *quæſt.* 1. *num.* 51. quorum neuter reſtitutionis juvatur beneficio omiſſa Cujacii & ejus ſequacium opinione non ſic audiendus eſt, quaſi doceat, ab eo, qui reſtitutionis auxilio non juvatur culpæ tutorum quæſtionem remitti; per gratuitam conventionem non poſſe, ſed referendus potius eſt cum Antonio Fabro ad legem Cinciam quæ ſupra certum modum donari prohibebat *dict. l.* 9. §. 1. *l. cum de modo* 11 *de donat.* junctis quæ late tradit D. Retes *de donat. cap* 19. *per tot.* quaſi dicat tutorum culpæ remiſſionem ab eo factam, qui reſtitutionis auxilio non juvatur, aliquo accepto non donationem ſed tranſactionem dicendam, ac proinde in tutorum autoritate conſiſtere, quamvis ſummam à lege Cincia præſcriptam exceſſerit, cum tamen ſi donatio eſſet, eatenus ſolum poſſet conſiſtere, quamvis ſummam ſtatutam non exceſſerit, utpote quæ donationibus duntaxat, non etiam tranſactionibus modum impoſuit Nec huic interpretationi reſiſtit. *l. Modeſtinus* 23. *in prin. de donat.* ex quo D. Retes *dict. cap* 19. *num.* 6. probare contendit legem Cinciam ad liberales & gratuitas debiti remiſſiones non pertinuiſſe, nam de uſurarum futuri temporis loquitur remiſſione, ad quam ideo lex Cincia non pertinuit, quia futuræ uſuræ, cum nondum ſint, non magis quam percipiendi fructus debent in compenſationem venire *dict. l.* 9. §. 1. *ad leg.* 11. *de donat.* ut docuit, quem pro ſua opinione inſpectè adducit D. Ret. Giſan. *in dict. l.* 23. ex quo textu potius evincitur ad temporis præteriti remiſſionem, ac per conſequens ad cæteras gratuitas debiti remiſſiones legis Cinciæ providentiam ſpectaſſe.

37 Tutoribus autem & curatoribus indiſtinctè nullam rem ex bonis, quæ adminiſtrant donare permittitur *l. contra juris* 28. §. 1. *de pactis l.*

non omni 16. *C. de admin. tut. l. factum* 22. *C. de pact. l. inter.* 22. Dig. *de admin. tut. dict. l.* 46. § *ult. eod. dict. l. ult. de curat. furioſ.* quia donatio non adminiſtrationem ſed patrimonii diſſipationem continet *dict. l. ult. de curat. fur. l. filiusfam.* 7. *in princ. de donat.* Sed nec minoribus ipſis ullam rem etiam tutorum vel curatorum autoritate accedente licet donare *l.* 1. & 2. *de tut. & ration.* textus ſic intelligendus *in l.* 4. §. *ſi minor* 9. *de dol. mal. & metus exceptione* D. Retes *de donat. cap.* 11. *num.* 7. Hinc explicandum exiſtimo textum *in l. pupillus* 24. *de man. vind.* ubi cum ſervum quem pupillus tutore autore apud concilium manumiſerit peculium non ſequi idcirco Paulus affirmat, quia etſi regulariter ſervum inter vivos manumiſſum peculium ſequatur niſi ademptum expreſſum ſit *l. ſticho* 53. *de pecul. l. ult. de man. quæ ſervis ad univerſit. & d. l. ult. C. de pecul. ejus qui libert. meruit* §. *ſi peculium* 20. ubi communiter interpretes, *de legat.* Tacita tamen hæc gratuita peculii conceſſio, ſeu donatio nec minori, nec ejus tutori vel curatori permittitur. Fallit tamen hæc regula in renumeratoriis donationibus quas ad eorum qui ſub tutela vel cura ſunt utilitatem exercere Prætoris intercedente decreto tutores aut curatores non prohibentur *dict. l. ult. de curat. furioſi* quam de his donationibus, quæ etiam propriè & rigoroſæ tales dicuntur cum aliis rectè intelligit D. Retes *dict. cap.* 1. *num.* 8. & in qua judicis appellatione Prætor & provinciæ Præſes denotantur, qui & majores judices dicuntur *in l. non diſtinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *de recept. arbit.* ut ſic Gaium ejus textus autorem aut Tribonianum ab Antonii Fabri calumniis vindicemus *dict. tit.* 13. *prin.* 3. *illat.* 9. ſolemnia ſimiliter munera à quibus juxta inveteratam Romanorum conſuetudinem ceſſari honeſtè non poterat, veluti natalitia minorum parentibus aut cognatis natali cujuſque die mittere tutores & curatores potuerunt, nuptialia autem ut conſueta minus, nec æque neceſſaria mittere prohibiti fuerunt *l. cum plures* 12. §. *cum tutor* 3. *l. tutor* 13. §. *ult. de admin. tut. dict. l.* 1. §. *ſed munus* 5. *de tut. & ration.* Sed & egenis minorum matribus aut ſororibus, quæ ſe aliter abſtinere non poſſint, dummodo id minorum facultatibus patiantur ad victum neceſſaria miniſtrare non prohibentur *dict. l.* 13. §. *ult. de admin. tutor. l. qui filium* 4. *ubi pupillus educari debeat. dict. l.* 1. §. 2. *verſ. ſed nonnullos & §. præterea* 4. *de tutel. & ration.* Sicuti in eiſdem terminis conſanguineis minorum ſororibus dotem præſtare *dict. l.* 12. §. 3. *de admin. tut.* juncto Fabro *dict. tit.* 13. *prin.* 7. *illat.* 20. Nec his omnibus in caſibus Prætoris decreto opus eſt, niſi forſan ad hujuſmodi ſumptus expediendos rem aliquam ex his quarum alienatio prohibetur alienare neceſſe eſt, quâ adhibitâ diſtinctione conciliandos cenſerem invicem, alioqui pugnantes textus *in dict. l.* 4. *ubi pupillus educari deb. & in dict. l.* 1. §. 2. *de tut. & ration.* cujus illa verba decreto ſcilicet interveniente inepto interpreti tribuenda aiebat Faber *dic. prin.* 7. *illat.* 69. Nec dicat aliquis prohibitæ alienationis nomine donationem non comprehendi argumento textus *in l.* 3. *C. de præd. min. decur. ſine decreto, &c. lib.* 10. ubi decurionibus quibus alienatio ſine decreto interdicitur, donatio non prohibetur, nam hæc Zenonis conſtitutio præterquam quod à Juſtiniano fuit abrogata *in auth. de decurionib.* §. *igitur olim.* 2. propriam & peculiarem habuit rationem, nec cum Severi & Conſtantini prohibitione communem quam late diſcuſſit Amaya *in l.* 1. & 3. *C. de præd. decur. lib.* 10. *ex num.* 36.

Sed & latius adhuc patet alienationis prohibitio ſive Severi orationem, ſive Conſtantini ſanctionem intueamur, neque enim ſola dominii tranſlatio impeditur quæ ſtrictè & propriè alienationis nomine denotatur *dict. l* 67 *de V. S. dict. l.* 1. *C. de fund. dot.* Sed & cujuſlibet alterius juris in re tranſlatio ſeu amiſſio prohibetur, quæ latè ſumpto alienationis nomine comprehenditur *l ult. C. de reb. alien. vel non.* Hinc Vectigalia à civitate videlicet, Patrimonialia à Principe ſcilicet, Emphyteuticaria à privato in perpetuum aut ſaltem ad longum tempus conducta prædia à minoribus, ſeu eorum tutoribus aut curatoribus alienari ſine Prætoris decreto non poſſunt *l.* 3. §. *ſi jus* 4. *hoc tit. l. etiam vectigale* 13. *C. de præd. min.* quia perpetua eorum conductio, quamvis in dominium reale, tamen jus, quod Pragmatici utile dominium ſolent communiter appellare, & in rem utilem actionem adverſus quemcumque poſſeſſorem affert conductori, quamdiu conductam mercedem perſolverit *l.* 1. *& per tot. tit. ſi ager vectig. id eſt Emphyteuticarius pet. tur.* Faber *dict. tit.* 13. *de tut. prin.* 8. *illat* 58. Galvan *de uſufr. cap.* 27. *num.* 3. unde nec prædia in emphiteuſim concedi inconſulto Prætore poſſunt, cum emphyteuſis quamvis propria & rigoroſa alienationis ſpecies non ſit juxta textum ſic intelligendum *in l.* 1. *C. de jur. emphyt.* latè tamen alienationis nomine comprehendatur *dict. l. ult. C. de reb. alien. vel non. cap. nulli* 5. *de rebus Eccleſiæ alien. vel non.* junctis quæ cum pluribus tradit Gonzales *in cap. ad aures* 7. *eod. titulo num.* 4. inde etiam fundus quem bona fide emptum minor poſſidet, alienari ſine decreto non poteſt *l. magis* 5. §. *ſi pupillus* 2. *hoc tit*, nam bonæ fidei poſſeſſor, præſertim qui eſt in via uſucapiendi jus quoddam in re dominio proximum habet, & quam amiſerit poſſeſſionem poteſt per Publicianam in rem actionem recipere. *l.* 1. *& per tot. tit. de publitian. in rem act.* §. *namque ſi cui* 4. *inſtit. de action.* & idcircò quamvis dominus revera non ſit *l.* 2. §. 1. *de religioſ. l.* 1. §. *qui ſervum* 2. *ad Syllan.* ſæpè in domini loco & rem in bonis habere dicitur *in l. quoties* 21. §. 1. *de nox. act. l. ſi ab eo* 18. *juncta l. & quæ nondum* 15. §. 1. *de pignor. l. ſuos* 73. §. 1. *de legat.* 3. *l.* 3. §. *ſed ſi* 9. *ut in poſſeſſ. legat. l. bonorum* 44. *verſ. in bonis de verb. ſignif.* Hujus autem dominio proximi juris tranſlatio non poteſt non latæ ſaltem prohibitæ alienationis nomine comprehendi *l. ex hoc edicto* 8. §. 2. *de alien. jud. mut. cauſ. facta.* Fundi itaque à minore bona fide poſſeſſi alienatio ita ſubſiſtit, ſi Prætoris decretum interceſſerit, quem ſenſum reddunt prout in Florentinis pandectis leguntur verba illa textus *in dict. l.* 5. §. 2. *hoc tit.* ea enim quæ quaſi pupillaris vero diſtractus eſt, venditio valet. In quibus adverbium illud *vero*, idem ſignificat quod vere ideſt legitimè ſeu Prætoris accedente decreto, ut in ejus textus notis docere videtur Dioniſius Gottofredus, melius ſane quam Anton. Faber. *ad tit.* 13. *prin.* 7. *illatione* 86.

Similiter

39 Similiter etſi pignoris vel hypotheæ conſtitutio ſtricta alienationis ſpecies non ſit, cum dominium in creditorem transferat *l. cum & ſortis 35. §. 1. de pigner. act.* quia tamen jus in re, & realem actionem præſtat creditori *l. ſi fundus 16. §. in venditione 3. cum l. ſeq. de pign. §. item Serviana inſtit. de action.* & rei diſtrahendæ facultatem ſi debitum non ſolvatur *l. mulier 11. C. de diſtract. pignor. §. 1. inſtit. quibus alienare licet.* latè alienationis nomine in quacumque alienandi interdictione continetur *dict. l. ult. C. de rebus alien. vel non.* Carvallo *de una & altera quart. 2. part. ex num. 299.* Nec contrarium probat textus *in l. 24. de pignoribus* pro cujus explicatione & conciliatione *cum l. ſed & quod 9. eod. tit & l. 1. §. ult. quæ res pignori vel hypotheca.* Bachov. *de pignor. lib. 2. cap. 2.* unde eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari prohibitæ pignoris vel hypothecæ vinculo ſupponi ſine Prætoris decreto non poſſunt, quod tam in Severi oratione, quam in Conſtantini conſtitutione caurum nominatim fuiſſe apparet *ex dict. l. 1. §. 2. hoc tit. ex l. 22. C. de admin. tutor.* & præter noſtri tituli rubricam, in qua verbum illud *ſupponendis* idem quod pignori obligandis ſignificare ex Cujacio, Dionis. Gottofredus advertit & rubricam Cod. *de præd. min. ibi vel obligandis* probant textus *in dict. l. 1. §. ult. cum l. ſeq.* (*quos ſequenti capite* exponemos) *dict. l. 7. §. penult. & ult. dict. l. 8. §. ult. dict. l. ſi fundus 13. verſ. quamquam hoc tit. dict. l. 3. de his qui ven. ætat. dict. l. 2. C. de curat. furios.* ad quam partem reſerendus eſt textus *in l. tutor. 16. de pignor. act.* ubi docet Paulus quod tutor rem pupilli pignori rectè ſubjicit, ſi quidem in ejus utilitatem pecuniam acceperit, nec lex refragetur, idemque de adoleſcentis, aut furioſi curatore dicendum eſſe concludit; legi autem nomine Severi Orationem Conſultum intellexiſſe poſt antiquiores in eo textu notavit Cujac. *lib. 29.* Paul. *ad edictum,* unde levi opera explanatur alter ejuſdem Pauli textus *in l. pignus 11. de curat. fur.* ubi ſi furioſi utilitas exegerit pignus ab ejus autoritate datum, valere reſponder, quod ſic intelligendum, ſi Severi oratio non obſiſtat, id eſt ſi eam rem curator obligaverit, quæ comprehenſa in alienarionis pruhibitione non ſit, qoo caſu pignus ſubſiſtit *ex dict. num. 31.* Nec audiendus Antonius Faber qui *dict. tit. 13. prin. 3. illat. 9.* ideo pignus à furioſi curatore recte conſtirui cenſebat, quia ſcilicet pignotis obligatio neceſſaria plerumque alienatio eſt, nec alienationis prohibitione comprehenditur; Nam ſi vera hæc opinio eſſet, indiſtinctè quælibet eorum, qui ſub totela vel cura ſunt, res pignori poſſeur inconſulto Prætore ſupponi, cum neceſſariæ alienationes etiam ſine decreto jure ſubſiſtant *dict. l. 1. §. 2. in fin. hoc tit.* Quod quam ſit abſurdum nemo non videt, & præterea neceſſariæ alienationes in præſenti ſolum dicuntur, quas reluctantes etiam tutores vel curatores expedire tenentur ut *ſequenti cap. dicemus.* In hoc autem ſenſu pignoris obligatio voluntaria certe alienatio eſt, cum à conſentientibus contrahatur, quamvis alio in ſenſu, quoties de inducenda volontatis conjectura circa adempti legati quæſtionem propter rei legatæ alienationem à teſtatore factam tractatur, neceſſaria dicatur alienatio, quamvis ſcilicet venditionis exemplo non niſi urgente rei ſamiliaris neceſſitate plerumque contrahitur *l. 3. C. de legat. §. ſi rem ſuam 12. inſtit. eod. tit.* quod immerito Fabrum decepit, cum longè diverſum à noſtra inſpectione ſit. Eadem etiam interpretatione intelligi ſacile poſſunt textus qui ad Severi orationem ſpectant, in *l. procurator 3 & in l. ſi in rem 7. C. ſi alien. res pign.* in quibus res mobilis, cujus alienatio tunc temporis prohibira nondom erat, pro pecunia in rem minoris accepra pignori ſine decreto ſuppoui poſſe decidirur, quamvis poſt Conſtanrinum nec mobiles quidem res quæ ſervando ſervari poſſunr inconſulto Prætore, pignori utiliter ſupponantur, quod & hodie noſtro Regio jure procedere contra Joann Guttierez *de tutel. 2. part. cap. 21. num. 2.* rectius tenent Hermoſilla *in l. 4. tit. 5. part. 5.* Goloſſ. *3. num. 4.* & Caſtillo *de aliment. cap. 62. n. 19.* qui *tom. 4. controv. cap. 61. num. 37.* hæc omnia & rationis identitate, non minus quam in ſpeciali hypotheca obtinere rectè reſolvit.

Rurſus & in eodem ſenſu cujuslibet ſervitu- 40
tis ſive perſonalis, ſive prædialis conſtirutio io alienationis interdictione comprehenditur *dict. l. ult. C. de reb. alien.* quiſquis enim qui plenam obtinet proprietatem uſumfructum in ratione ſervitutis habere dici non poſſit *l uti frui 5. ſi uſusfr. petat.* habet tameu utendi & fruendi jus in ratione commoditatum *l. cum in funde 78. in prin. de jur. dot.* Galvanus *de uſu fruc. cap. 2. per tot.* quod profecto alienat dum uſumfructum conſtituit, cum ex tunc nudam habeat proprietatem utendi & fruendi facultate deſtitutam ut ad rem explicat Faber *dict. tit. 13. prin. 7. illat. 85.* Qoiſquis etiam prædio ſervitutem impoſuit hoc ipſo prædii jus minuit, & libertatem alienat *dict. l. 5. §. 9. de nov. oper. nunciat.* Quam ob rem etſi nec Severi orationis nec Conſtantini conſtituitonis verba de ſervitutibus quidquam loquantur ex utriuſque tamen prohibitionis ſentcotia receptum eſt eorum qui ſub tutela vel cura ſunt rebus alienari prohibitis ſine Prætoris decreto imponi perſonalem aut prædialem ſervitutem non poſſe *dict. l. 3. §. nec uſusfructus 5. verſ. ſed ſi proprietatem & verſ. ſimili modo hoc tit.* ubi ſundi dotalis exemplo utitur Ulpianus cui maritus propter legis Juliæ prohibitionem imponere ſervitutem non poteſt *l Julianus 5. de fund. dot. dict. l. 18. §. ſervos 3. junct. §. anteced. de caſtr. pecul.* ubi ſimiliter docemur Patrem etſi dominum, quia tamen alienandi caret facultate, ſervis aut prædiis caſtrenſis peculii filiumfamilias nec perſonalem uec prædialem poſſe ſervitutem imponere. Ex eadem ratione ſervitus eis acquiſita qui ſub tutela vel cura ſunt ſuper rebus alicoari prohibitis in alium transferri ſine decreto non poteſt, quod non modo in prædiali, utpotè quæ alienari ſine dominaoti prædio non poteſt, ſed & io perſonali ſervitute procedir, ut ecce mioor uſumfructum in re alienari prohibita ſibi cooſtitutum alienare ſine decreto nou poteſt *dict. l. 3. §. 5. in prin. hoc tit.* cum & fructuarius rem in bonis habere quodammndo intelligatur, vel ſaltem jus ipſum utendi & fruendi revera in bonis habeat *l. 1. & per tot. ſi uſufr.* juncta regula textus *in l. bonis 52. de acquir. rer. dom. l. ſi is qui 11. §. uſusfructus 2. junct. dict. l. 15. §. 1. de pignor.*

Digitized by Google

quod non de perſonali uſusfructus jure accipiatis, hoc enim extraneum transferri nunquam poteſt *l. ſi uſusfructus 66. de jur.dot.cum ſimilib.* ſed de jure reali percipiendi fructus quod à fructuario, qui alienari prohibitus non ſit, in extraneum etiam transfertur *l. neceſſario* 8. *§. ult. de peric. & comm. rei vend. §. 1. de uſu & habit* Galvan. *de uſusfr. cap.* 38. *ex num.* 9. niſi uſusfructus ceſſio proprietatis domino facta ponatur, quo caſu niſi alienationis adeſſet prohibitio, uſusfructus omnino extingueretur, & ad proprietatem recurrat *dict. l. 66. de jur. dot. § finitur 1. de uſufr.*

41 Minor itaque (idem de reliquis intelligaris, quibus alienationem interdictam *dixi num.* 27. *cum quatuor ſeqq.*) in rebus alienari prohibitis ſibi acquiſitum uſumfructum nec proprietatis Domino inconſultu Prætore rectè cedit, nec per non uſum amittit *dict.l. 3. § 5. verſ. an ergo hoc tit.* cujus illa verba: *& manifeſtum reſtaurari debere*, non quidem ſignificant ipſo jure ipſum uſumfructum per non uſum extingui, ſed reſtitui propter ætatis beneficium oportere, prout falſo credidit Goffredus in ejus textus commentario, ſed referenda potius cum Accurſio ad confeſſoriam actionem exiſtimo, per quam minor, ſi quidem ex eo quod uſus per ſtatutum tempus non fuerit poſtea ubi à proprietatis domino impediatur, uſumfructum poterit vindicare & fruendi commoditatem, quam exercere de facto fuerat impeditus reſtaurare. Sed nec prædialem ſervitutem ſervientis prædii domino ſinè decreto jure remittit aut per non uſum amittit. *l. ſi communem* 10. *quemad. ſervitus amittit dict. l. 3. §. 5.. in fin. hoc tit. dict. l. 5. de fund. dot. & in dict. l. 18. §. 3. de caſtrens. pecul.* nam cum prædiales non minus quam perſonales ſervitutes in bonis ſint *l. 1. & per tot. tit. ſi ſervit. vindic.* junct. regula 52. *de acquir. rer. domin.* eorum remiſſio & per non uſum amiſſio alienationis ſpecies ſunt, expreſſus textus *in l. 3. §. 1. cum leg. ſeq. quæ in fraud. credit. l. alienationis* 28. *verſ. eum quoque de verb. ſignif.* Sed nec magis pignus in re alienari prohibita ſibi conſtitutum ſine decreto rectè remittit, cum res pignori obligata in pignotatitiis creditoris bonis eſſe dicatur *in l. 5. §. ſed etſi vectigalis 7. juncto § præcedenti ut in poſſeſſ. legat.* & idcirco pignoris remiſſio quædam alienationis ſpecies ſit *l. & ſi pignus* 18. *quæ in fraud. credit.* Dicet tamen aliquis: minor fundum ſibi pignori obligatum poteſt inconſulto Prætore diſtrahere *dict. l. 5. §. ſi fundus 3. hoc tit.* cum tamen diſtractio dominii tranſlationem & ſic propriam & rigoroſam alienationem producat *l. non eſt novum 46. de acquir. rer. dom. dict. §. 1. inſtit. quibus alien. licet*; potiori igitur jure poterit acquiſitum ſibi jus pignoris inconſulto Prætore remittere, cum pignoris remiſſio impropria ſolum alienationis ſpecies ſit, nec debear cui plus licet quod minus eſt non licere *l. non debet 21 de Reg. jur.* Cujus difficultatis ab interpretibus omiſſæ ſolutionem meo judicio indicat Ulpianus *in dict. l. 5. §. 3.* in illis verbis: *huic enim quaſi debitoris hoc eſt alienum vendunt*, quaſi diceret fundum pignori minori obligatum qui in ejus bonis eſt, ideirco ſine decreto rectè vendi, quia non tanquam proprius, ſed tanquam alienus diſtrahitur, cum creditor in pignore diſtrahendo veluti quidam debitoris procurator eſſe intelligatur, elegans ad rem textus *in l. ſi pignori 29. vers. quia quod creditor fam. ercis.* Severi autem oratio, quæ proprio, non quæ alieno ſeu procuratorio nomine fiunt diſtractiones ſine decreto interdicit, niſi forſan minor, ut fundum pignori ſibi obligatum jure dominii poſſideret à Principe impetraſſet ut *in l. eleganter 24. in prin. de pignor. act. l. debitor 59 ad Trebell. l. ſi is qui 63. §. ult. de acquir. rer. dom. l. 1. & per tot. tit. C de jur. dom. imp.* quæ veluti proprium jam effectum vendi ſine decreto non poſſe Ulpianus decidit, non magis quam ſi ex cauſa damni infecti ex ſecundo ſcilicet Prætoris decreto ruinoſas ædes (ruſticis nimirum uſibus deſtinatas quas ruſticorum prædiorum numero eſſe ſatis oſtendi ex *num.* 6. alioqui quod nullus hactenus in eo textu animadvertit urbanas ædes etſi proprias tanquam in Severi prohibitione non comprehenſas, eo jure ſine decreto diſtrahere minor potuiſſet) poſſidere viſus eſſet, quarum bonitarium dominium quod ex ea cauſa acquiſiiſſet, ut probat textus *in dict. l. 15. § Julianus 16. de damno infecto* & docet Antonius Faber *lib. 7. conject. cap.* 4. immeritò reprehenſus ab Oſſuald. *lib. 15. comment.* Donell. *cap. 46. litt. L.* ſine dubio alienare ſine decreto non poſſet, cum Severi oratio bonitarium non minus quam quiritarii dominii alienationem interdixerit ut evincit textus *in l. ob æs alienum 12. C. de præd. minor.* ubi principalis prædii (cujus bonitarium duntaxat dominium penes poſſeſſorem exiſtebat *§. per traditionem 40. inſtit. de rer. diviſ.* junctis quæ dixi *in Academ de uſucap. cap. 5. num* 2. diſtractio Severi oratione dicitor interdicta quæ plenius & generalius minoribus, quam lex Julia mulieribus proſpexit, utpote quæ Italici non etiam provincialis dotalis fundi alienationem prohibuit *dict. l. un. §. 13. C. de rei uxor. act. dict. prin. inſtit. quib. alienare licet vel non*, pignoris autem jus in re alienari prohibita ſibi quæſitum, ideo minor ſine decreto non jure remittit quia pignoris jus non tanquam alienum ſed tanquam proprium amittitur, nec debitoris ſed creditoris nomine per remiſſionem alienatur, & impertineos omnino eſt regula textus *in l. 21. de Reg. jur.* quæ ut varia oſtendunt exempla pro ejus illuſtratione à Cujacio, Petro Fabro, & Gottofredo hinc inde petita exaudienda eſt, ut cui (plura intra eamdem lineam non licere debet) plus intra aliquam lineam licet, non debeat quod minus eſt intra eandem lineam non licere, cumque Severi oratio, quæ proprio, non quæ alieno nomine fiunt alienationes impediat, ex pignorati fundi diſtractione, quæ alieno nomine exercetur, quamvis propria alienationis ſpecies ſit, ad pignoris remiſſionem, quæ proprio nomine fit, argumentum deſumi non debet. Si dicas minorem qui ex detracti pignoris pretio debitam pecuniam conſequitur, hoc ipſo pignus amittere, facillimè reſpondebo, non ideo minorem pignus remittere, ſed imo propter ſolutionem à debitore factam qui Prætoris decreto non indiget pignus extingui ex regula textus *in l. item 6. quibus mod. pign. vel hypoth. ſolvitur cum ſimilibus.*

Super rebus autem in alienationis prohibitione non comprehenſis ſervitutis aut pignoris 42

Digitized by Google

jus imponere vel remittere etiem ſine decreto minores, aut eorum tutores vel curatores, & olim potuerunt & nunc poſſunt; niſi forſan impoſitio vel remiſſio ex gratuita & liberali cauſa procedant, quæ cum quædam veluti donationis ſpecies ſint *l. ſi precario 17. in fine comm. præd. l. 9. in prin. l. à quibus 27. de donat. l. 1. & per tot. tit. de ſervit. dict. l. 18. quæ in fraud. cred. l. 1. §. 1. de liber. legat.* (pro cujus explicatione & conciliatione *cum dict. l. 18. quæ in fraud. credit. & aliis juribus*, videndi anteceſſores noſtri Valent. *lib. 3. illuſt. tract. 5. cap. x. ex num. xx.* Amaya *lib. x. obſerv. cap. 14. per tot.* Arias de Meſa *lib. 3. var. cap. 33. ex num. 15.*) his qui ſub tutela vel cura ſunt aut eorum tutoribus debent indiſtinctè prohiberi *ex dicto num.* 37. Hinc facillimè intelligo ad rem ignotum, & difficilem alioquin textum *in leg. altius 15. ſi ſervitus vindic.* ubi urbanis minorum ædibus tutori vel curatori in ſuarum alienarum ædium grariam ſervitutem imponere non licere; Ulpianus reſpondet, quod quidem ex eo difficile videtur, quod cum Ulpiani ſæculo urbana prædia alienari inconſulto Prætore potuerint, utique & ſine decreto ſervitutem ipſis imponi potuiſſe videtur; verum in eo deciſiva ratio eſt, quod ſervitutis impoſirio ex liberali cauſa proceſſit ut ex textus ſerie conſtabit; ait Ulpianus tutorem vel curatorem minoris domui in ſuarum ædium gratiam non jure ſervitutem imponere, quod expeditam & generalem habet rationem, quia ſcilicet ipſe in rem ſuam auror eſſe non poteſt, & eo nomine teneri: quia inquit: *quod alium facientem prohibere ex officio neceſſe habuit, id ipſe committere non debuit.* Quibus verbis ſatis indicat etiam in alienarum ædium gratiam tutorem aut curatorem minorum ædibus liberalitatis cauſa imponere ſervitutem non poſſe, alioquin pretio accepto urbanis ædibus, quæ comprehenſæ in Severi prohibitione non fuerunt, etiam ſine decreto imponi ſervitutem potuiſſe compertum eſt. Eandem doctrinam in terminis remiſſionis pignoris probat expreſſus textus *in leg. ſi conſentio 7. in prin. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* ubi pupilli etiam tutore autore non aliter pignus jure remittere Gaius ſcribit, quam ſi ex eo commodum aliquod ſenſerit, aut ei ſatisfactum ſit, ergo etſi ea res minori pignori obligata ponatur, cujus interdicta alienatio non ſit, gratuita pignoris remiſſio à tutore vel curatore facta. quæ quandam cupit donationis ſpeciem, indiſtinctè inutilis prorſus eſt.

43 Sed graves ſtatim nec ab ullo quem viderim prævisæ difficultates occurrunt, nam minor viginti annis, ſi quidem uſumfructum vel pignoris jus in ſervo habeat, poteſt tutore vel curatore autore manumittenti Domino conſentire & ſic uſumfructum vel pignus gratuitò remittere, expreſſus textus *in leg. 2. l. ſi pater 4. §. ult. de man. vind. l. in fraudem 27. §. 1. qui & à quibus, junct. l. interdum 15. quibus mod. uſusfructus amitt. & l. 1. C. de remiſſ. pignor.* quemadmodum & tutore vel curatore autore libertæ nuptiis conſentire & ſic operas gratuito remittere non prohibetur ſingularis & diſertus textus *in leg. ſi quis hac lege 13. §. ſi impubes 4. junct. l. ſicut patronus 48. de oper. libert.* Rurſus viginti annis minor quamvis ex lege Ælia Sentia manumittere non aliter poſſit quam vindicta apud conſilium juſta manumiſſionis cauſa apprubata *l. ſi minor. 11. cum ſeqq. de man. vind. §. eadem lege 4. inſtit. quib. ex cauſ. man. non licet.* quoties uſumfructum vel pignoris jus in ſervo habet, poteſt citra cauſæ probationem manumittendi domino conſentire, quia aliud eſt manumittere, aliud manumittenti conſentire *dict. l. 4. §. ult. de man. vend.* ubi Cujacius *lib. 42. Dig. Juliani* Anton. Faber *in Papinianea tom. 6. prin. 7. illat. 3. & 4.* ſimiliter ergo viginti quinque annorum minor etiam rerum quas citra Prætoris decretum alienare prohibetur, & in quibus uſumfructum vel pignoris jus habeat, alienationi poterit tutore vel curatore autore ſine decreto conſentire, cum aliud ſit alienare, aliud alienanti conſentire *l. aliud 160. de Reg. jur.* & ſic inconſulto Prætore pignus vel uſumfructum remittere, cum fructuarius & pignoratitius creditor hoc ipſo quod alienanti proprietario conſentiunt uſumfructum & pignoris jus amittant *l. 4. §. 1. cum aliis plurib. quib. mod. pign. vel hypot. ſolv. l. quarta §. quaſitum 1x. de dol. mal. & met. except. l. creditor 158. de Reg. jur.*

His difficultaribus à quibus ſe facilè expe- 44
diet quiſquis ad libertatis & nuptiarum favorem, quod vulgare ignorantiæ azilum eſt conſuevit confugere, ut reſpondeam, conſtituo minorem ſub tutela vel cura degentem acquiſitum ſibi uſumfructum vel pignoris jus ex gratuita ſeu liberali cauſa indiſtinctè etiam tutore vel curatore autore remittere numquam poſſe, ac proinde nec ejus ſervi in quo uſusfructus vel pignoris jus habeat, manumiſſioni rectè aliter conſentire quam ſi commodum aliquod ſenſerit vel ei ſatisfactum ſit ex generali regula textus *in leg. 7. in prin. quibus mod. pignus vel hypoth. ſolv.* non quidem propter legis Æliæ Sentiæ prohibitionem cui in præſenti locus eſt, ſed quia gratuitæ uſusfructus vel pignoris remiſſiones veluti quædam donationis ſpecies ſunt, & indiſtinctè his etiam qui ſub tutela vel cura ſunt etiam tutoribus aut curatoribus prohibentur. Nec aliud ſupra expenſi textus evincunt, nam textus *in dict. l. x. & in dict. l. 4. §. ult. de manum. vend.* præterquam quod ſi ad minorum ſub tutela vel cura conſtitutum referantur, exaudiendi ita ſunt ſi propter adhibitum manumiſſioni conſenſum compendium aliquod minor perceperit accipi commodius inſpecta litiera poſſunt de adulto ſine curatore degente, qui etiam liberalitatis cauſa rectè manumiſſioni conſentit, cum earum rerum quæ comprehenſæ in alienationis prohibitione non ſunt, donationem exercere non prohibeantur ut dixi *num. 36.* textus autem *in dict. l. 27. §. 1. qui & à quibus* ſolum aſſerit quod fructuarius aut pignoratitius creditor, pupillus citra tutoris autoritatem non rectè manumiſſioni conſentit, quæ vero à contrario ſenſu contra infertur, igitur tutore autore poteſt manumiſſioni conſentire in habilibus alicujus accepti commodi terminis erit accipienda, quod idcirco Conſultus ſuppoſuit, nec expreſſit, quod ſolum de legis Æliæ Sentiæ prohibitione tractabat. Qua etiam ſuppoſitione adhibita intelligi poſſet textus *in leg. 13. §. 4. de oper. libert.* niſi dicere quis maluerit,

quod non ægrè feram gratuitam operarum remiſſionem, ideo miuoribus tutorum vel curatorum autoritate accedente non prohiberi, quia nec donationis, nec alienationis ſpecies eſt quemadmodum enim locupletior non factus dicitur, qui libertum acquiſivit *in leg. nemo* 126. §. 1. *de reg. jur.* ubi conſulendi omnino Cujacius & Petrus Faber; ſic & è converſo qui libertum amiſerit non ideo pauperior factus, aut ex patrimonio quidquam minuiſſe debet intelligi, præcipuè cum operarum remiſſio, quæ ex conſenſu libertæ nuptiis adhibito proficiſcitur, nec perpetua ſit *l. plane* 14. *de oper. libert*, nec dum durat (quæ diu ſcilicet nuptiæ perſeverant) cætera jura patronatus aboleat *l. quod ex liberta* 11. §. 1. *C. eod. tit.* junct. Ramos *lib.* 1. *ad leg. Jul. & Papiam relig.* 41. *num.* 2. ſecundæ difficultati facilius ſanè reſpondeo illud inter legem Æliam Sentiam & Severi orationem intereſſe, quod lex Ælia Sentia ſervi manumiſſionem non etiam alienationem interdicit, & idcirco viginti annis minor ſicuti eo jure ſervum alienare non prohibetur ut adveitit Faber *in Papin. tit.* 6. *prin.* 7. ſic nec ejus ſervi uſumfructum vel pignoris jus habet, manumiſſioni conſentire impeditur, quamvis hoc ipſo uſumfructum vel pignoris jus alienet, nec enim tunc ipſe manumiſit (quod ſolum lex Ælia Sentia prohibuit) ſed manumittenti conſentit, quod longè diverſum eſt. Severi autem oratio quamvis non ex verbis ſaltem ex ſententia quamcumque licet impropriam alienationis ſpeciem ſine decreto irritam eſſe decernit, & cum uſusfructus vel pignoris juris remiſſio, impropriè ſaltem alienationis ſpecies ſit, non poteſt non in Severi prohibitione comprehendi. Nec tunc obſtat regula textus *in leg.* 160. *de Reg. jur.* quæ eo pertinet, ut qui vendenti conſenſerit, ſi quidem nullam pretii partem acceperit, teneri de evictione non debeat, quaſi ideo vendidiſſe cenſeatur argum. textus *in leg. quidam* 12. *de evict.* ut explicat Petrus Faber *in dict. l.* 160. & licet fateamur quod minor fructuarius, vel pignoratitius creditor dum venditioni conſenſit, non ideo vendere intelligitur, negari tamen non poteſt quod uſumfructum vel pignoris jus alienat, Severi autem oratio non diſtractionem modo verum & quamlibet alienationis ſpeciem interdixit.

45 Ulterius nec perſonalis actio ad rem alienari prohibita minori quæſita, aut ipſi debitori per pactum vel acceptilationem adhuc accepta pecunia (gratuitam etiam actionis etiam ad rem in alienationis prohibitione non comprehenſam competentis remiſſionem tanquam donationis ſpeciem his qui ſub tutela, vel cura ſunt, aut eorum tutoribus vel curatoribus exercere non licet indiſtinctè *l.* 28. *in prin. &* §. 1. *de pact. l.* 22. *C. eod. tit.* textus ſic intelligendi *in leg. & per jusjurandum* 13. §. *tutor.* 10. *de accept. l.* 1. *C. eod tit.* junctis quæ dixi in Academ. *de pact. liberat. cap.* 2. *num.* 6. remitti aut extraneo cedi inconſulto Prætore poteſt, nam cum perſonalis actio in bonis ſit *l. ſi legitimus* 30. §. 1. *ad Trebellian. dict. l.* 49. *verſ. æque l. id apud* 143. *de verb. ſignif. l. is qui actionem* 15. *de Reg. jur.* ejus remiſſio ſeu ceſſio non poteſt non alienationis ſpecies cenſeri, ut præter integram rubricam *Dig. & Cod. de hæred. vel act. vend.* probant textus *in leg. ſi convenerit* 18. *in prin. de pignor. act.* juncta *dict. l.* 15. §. 1. *de pignor. act. l.* 1. §. *ult. cum l. ſeq. l. ait Prætor.* 10. §. *præterea* 22. *cum ſeq. l. omnes* 13. *in prin. quæ in fraud credit.* Accedit quod perſonalis rei perſecutoria actio eandem naturam ſortitur, cujus eſt res quam perſequitur ut ab argumento colligi vulgo ſolet *ex dict. l.* 15. *de reg. jur. cum ſimilibus* & mihi probant expreſſi textus *in l.* 1. *in prin. quib. mod. uſusfruct. amitt. l. uſusfructus* 26. *de ſtipul. ſervor. juncta l. hæreditas* 61. §. 1. *de acquir. rer. dom.* Ergo ubi ad rem perſequendam competit, cujus alienatio ſine decreto prohibetur per remiſſionem aut ceſſionem alienari inconſulto Prætore non poterit, tradunt Goffredus *in leg.* §. *ſed ſi* 6. *hoc tit. &* cum pluribus latè & doctè D. Olea *de ceſſ. jur. & act. tit.* 2. *quæſt.* 1. *per tot.* & præcipuè *ex num.* 31. qui parum ad rem aptè utuntur textus *in leg. ſi ad reſolvendam* 7. *C. de præd. minor.* quem *ſequenti capite* exponendum relinquo. Melius profecto ſubtilis Goffredus ſequenti utitur paritate: viginti annis minor ſicuti ſervum proprium, quem manumittere citra cauſæ probationem impeditur, alii tradere ut ab eo manumittatur, non poteſt *l. ſi minor* 4. *de ſerv. export.* ſic nec à debitore ſuo debitum ſibi ſervum manumiſſurum rectè ſtipulatur. Selectus & unicus ad rem textus *in leg. ſi minor* 66. *de verb. oblig.* quemadmodum ita qui ſervi dominium transferre manumiſſionis cauſa non poteſt, ſic nec perſonalem actionem ad ſervum perſequendum ſibi quæſitam jure remittit, ergo viginti quinque annis minor, qui earum rerum quæ alienari prohibitæ ſunt dominium transferre ſine decreto non poteſt, nec perſonalem actionem ad hujuſmodi res perſequendas ſibi competentem remittere aut cedere inconſulto Prætore poterit, unde quod ſcriptum eſt *in dict. l.* 22. *de admin. tutor. & in l. poteſt* 18. *de autor. tutor.* pupillum tutore autore debitorem ſuum delegare non prohiberi, vel ad eam actionem eſt referendum, quæ ad rem alienari non prohibitam perſequendam competat, vel in decreti ſuppoſitione exaudiendum ut prævidit Olea ubi nuper *num.* 39. Quo etiam ſenſu accipiendi ſunt textus *in leg. patri* 27. §. *ſi minor* 2. *cum ſeq. & in leg. minor.* 40. *in prin. de minor.* Hinc ſi ex duabus rebus in alternativa obligatione contentis altera alienari ſit prohibita, altera vero comprehenſa in alienationis prohibitione non ſit, minor ſi quidem habeat electionem, veluti ſi eam ſibi nominatim exceperit ut *in leg. ubi autem* 75. §. *qui illud* 8. *de verb. oblig. cum ſimilibus*, actionem cedere vel remittere non poteſt ſine decreto, at ſi debitoris ſit electio quod regulare eſt *l. plerumque* 10. §. *ult. de jur. dot.* ipſi quidem debitori etiam ſine decreto actionem rectè remittit, quia ex ipſa remiſſione rei alienari non prohibitæ præambula electio ex parte debitoris inducitur quæ intellectus ordine remiſſionem creditur præceſſiſſe, ut ſic efficax remiſſionis ſit actus ex generali regula textus *in leg. quoties* 12. *de rebus dub.* alii autem ſi ſine decreto actionem ceſſerit in pendenti ceſſionis actus erit, & utilis, vel inutilis ab initio fuiſſe poſt electionem ſubſecutam ex poſt facto apparebit prout debitor vel rem alie-

nari non prohibitam vel in alienationis prohibitione comprehenſam elegerit, ut ab argumento probant textus *in leg. erit.* 10. *junct.* §. *ult. de legat.* 1. *l. ut hæredibus* 50. 1. *de legat* 2. & cum plutibus eleganter reſolvit Olea ubi ſupra *ex num.* 50.

46 Legati denique repudiatio in præſenti prohibitioue comprehenditur, ut ecce minor, quamvis ejus rei, quæ ſine decreto alienari non ſit prohibita ſibi relictum legatum inconſulto poſſit tutore vel curatore autore repudiare juxta textus ſic intelligendos *in leg.* 7. §. 7. *de minoribus & in leg.* 7. *Cod. arbitrium tut.* rei tamen alienari probibitæ relictum ſibi legatum ſine deereto non rectè repudiat *dict. leg.* 5. §. 8. *hoc tit.* quod etiam pandectarum jure atteoto non ſolum in vindicationis legato procedit, ex eujus cauſa ſola legis poteſtate reſolubile dominium recta via etiam ignoranti acquiritur legatario *l.* 80. *de legat.* 2. Cujus ideo repudiatio quæ reſolubilis dominii contioeat amiſſionem in propoſito alienationis ſpecies cenſeatur, ſed & damnationis legato perſonalis ex teſtamento naſcitur actio, & quæ fideicommiſſi nomine ignorantibus extraordinaria competit perſecutio etiam legatario & fideicommiſſario ipſo jure acquiruntur *l.* 16. §. 1. *qui teſtam. fac. poſſ. l.* 77. §. 3. *de legat.* 2. *l. ult. C. quando dies* Oroz. *de apicib. cap.* 12. *num.* 1. & harum in bonis ſit *l.* 99. *verſ. aque de verb. oblig.* amiſſio per repudiationem contingens ſive prohibetur, quidquid dicat Anton. Faber 8. *conject. cap.* 19. *in Papin. ad tit.* 13. *de tutel. prin.* 8. *illat.* 52. cujus opinio, quamvis aſſerit perſonalem actionem in Severi oratione non eomprehendi ex anteriori numero dictis refellitur. Aliud tamen circa hæreditatis repudiationem reſponderem, & minorem teſtamentarium vel legitimum etiam hæredem, etiam eam hæreditatem, in qua ex his, quæ ſine decreto alienari prohibentur, res quædam extiterint ſine dubio etiam inconſulto prætore repudiare poſſe eenſerem, quamvis contrarium ſine fundamento ſentit D. Retes *lib. ſing. de donat. inter vir. & uxor. cap.* 4. *n.* 11. quia cum adeundi jus in bonis non ſit *l.* 63. *ad leg. Falcidiam Verſ. ſed nec hæredem* ut late dixi *in Academ. de tranſmiſſione hæred. cap.* 1. *ex num.* 6. nullo in ſenſu poteſt hæreditatis repudiatio in patroni aut creditoris fraudem facta, ideo nec per Fabianam aut Calviſianam, nec per Paulianam actionem revocatur quia alienationis ſpecies non eſt *l.* 1. §. 6. *ſi quid in fraud. patroni l.* 6. §. 4. *quæ in fraud. credit. junct. dict. l.* 28. *verſ. qui occaſionem de verb. ſignif.* Pro quorum conciliatione *& l.* 26. *de bon. libert.* Conſulendus Goffredus *in dict. l.* 26. videnda etiam quæ dixi *ad tit. C. de collat. cap.* 2. *num.* 25. *& ad tit. Dig. & Cod. quando dies leg. cap.* 1. *num.* 29. *cum ſeqq.* non poteſt igitur legati repudiatio prohibitione comprehendi. Reſpondeo quod legati repudiatio quidem non eſt nec in creditorum fraudem reſcinditur ex vulgari ratione textus *in dict. l.* 1. §. 6. *ſi quid in fraud. patroni & in dict. l.* 6. *in prin. quæ in fraud. credit.* quoad præſentem tamen prohibitionem alienationis ſpecies cenſetur, juxta quam reſtringenda omnino ſunt illa Ulpiani verba *in dict. l.* 5. §. 8. *hoc tit. ſpecies enim alienationis cum res ſit pupilli* nemo dubitar, quia Severi oratio minoribus non modo in damnis verum etiam in lucris ſubvenit, ideſt non alienare ſolum, ſed & acquirendi occaſionem committere in his, quæ reſolubili ſaltem jure fuiſſent acquiſita prohibuit argum. textus *in dict. l.* 7. §. 6. *cum ſeq. de minor.* ut ex aliis fere docuit D. Retes *dict. cap.* 4. *num.* 11. ſi dicas minorem qui parenti ſuus hæres exiſtit, & ipſo jure quamvis ignorans paternam hæreditatem acquirit ſine Prætoris decreto tutore autore ſe ab hæreditate abſtinere indiſtinctè poſſe *l.* 11. *l.* 57. *in prin. &* §. 1. *de acquir. hæred. cum ſimil.* Reſpondebo hæreditatem ad legati diſcrimen non ſemper lucrum afferre, imo interdum eſſe damnoſam *l.* 32. *mand.* & idcirco eum qui ſe abſtinet, nec acquirendi nec alienandi occaſionem omittere intelligi poteſt, quamvis ſi lucroſa fuerit hæreditas, tutor eorum nomine tutelæ judicio teneatur *l.* 11. *Dig. ad tot. tit l.* 7. *C. arbit. tut.*

CAPUT SECUNDUM.

Quando eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari prohibitæ vel inconſulto Prætore, vel ejus intercedente decreto poſſint utiliter alienari.

Eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res, 1
quas huc uſque pro temporum varietate ſine decreto alienari prohibitas diximus, nec ſemper ſine decreto inutiliter nec cum decreto ſemper utiliter alienantur, ſæpe vel ex verbis vel ex ſententia Severi orationis alienationis validitati decreti defectus non obſiſtit. Et primo quidem ſi minoris parens teſtamento vel codicillis juſſerit ut res aliqua alienari prohibita diſtrahatur juxta orationis verba diſtractio etiam inconſulto Prætore facta jure ſubſiſtit *dict. l.* 1. §. 2. *verſ. niſi ut hoc fieret hoc tit. l.* 3. *C. quando decreto opus non eſt* juncta generali regula textus *in leg. ult. C. de reb. alien. vel non.* quia eum nullus ſit affectus qui vincat paternum 1. *de cur. fur.* plurimum de parentis providentia confidit juſtiſſime præſumens eum rei alienari prohibitæ distractionem permiſſurum, juſſurumvè non fuiſſe niſi id minori filio ſumme expedire prudenti maturoque conſilio perpendiſſet, & quemadmodum ex eadem ratione S. C. quod fraudis ſubmovendæ cauſa inter tutorem & pupillam nuptias prohibet *l.* 59. *cum ſeq. de rit. nupt.* Ceſſat ſi parens teſtamento tutoris pupillam uxorem deſtinarit *l.* 36. *&* 66. *in prin. eod. tit. l.* 7. *ad leg. Jul. de adult. l.* 6. *in fin. C. de interd. matrim. inter pupill. & tutor. l.* 1. *in fin. C. ſi nuptia ex reſcripto pet.* Anton. Faber *in Papin. tit.* 10. *de nuptiis prin.* 1. *illat.* 11. Accedit quod è converſo ſi parens res quæ alienari ſine decreto permittuntur teſtamento vel codicillis alienari prohibuerit tutoribus aut curatoribus paternum præceptum negligere non licet, ut ab eis contra parentis voluntatis tenorem facta diſtractio inutilis prorſus ſit *l.* 7. *C. de admin. tut. l.* 2. *C. de uſucap. pro empt.* in quibus ſi minoris parens urbanum prædium, aut quoſdam ſervos alienari teſtamento prohibuerit inutilem futuram diſ-

tractionem à tutoribus factam Alexander imperator reſcribit, cum tamen manifeſtum ſit Alexandri ævo qui multo ante Conſtantinum imperavit Severi orationem viguiſſe quæ ut *ſuperiori capite* expoſui *num.* 13. vidiſtis ad urbana prædia & mancipia non pertinuit, ſola itaque paterna alienationis prohibitio circa ea, quæ alioquin alienari ſine decreto permittuntur, inutilem alienationem conſtituit: quod & adſtrui poteſt ex textu in *l.* 71. *in prin. de cond. & demonſt.* junctis quæ tradunt Valent. *Illuſt. tract.* 6. *cap.* 1. *num.* 20. Aſim. *in dict. l.* 2. *C. de uſucap. pro empt. num.*80. *cum ſeqq.* & cum pluribus D. Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 2. *cap* 2. *num* 9. *cum ſeq.* præter quos tamen obſervo minus induſtrium legatarium, cui apud Papinianum in eo teſtamento centum relicta,ut ex eis fundum emeret, proponitur, ætate minorem non fuiſſe, alioqui ad hoc ut ruſtici prædii ex legata pecunia comparati alienatio prohiberetur, de eo non alienando neceſſaria cautio non fuiſſet, niſi dicamus eam eſſe cautionis vim ut minor legatarius etiam poſt legitimam ætatem impletam fundum alienare impediatur propter prudens teſtatoris conſilium, qui minori ejus induſtriæ in perpetuum proſpicere voluiſſe cenſetur, ergo ſimiliter, & paterna donationis permiſſio circa ea, quæ alioquin alienari ſinè decreto non poſſunt validam alienationem conſtituit.

2 Neque his refragatur textus *in l. ita tamen* 5. §. *uſque adeo* 9. *de admin. tut.* ubi uſque adeo tutoribus licere patris præceptum negligere Ulpianus affirmat, ut ſi pater juſſerit ne mancipia, veſtis, domus vel res aliæ periculo ſubjectæ ſubſtrahantur, impune poſſint patris voluntatem contemnere, nam reſpondeo ita demum alienationis probibitionem paterno teſtamento præſcriptam validam eſſe, ſi minoris utilitatem contineat prout in *l.* 7. *C. de admin. tut.*ubi ſupponendum eſt urbanum prædium quod alienari parens prohibuit neceſſarium vel ſaltem valde utile impuberi filio fuiſſe ut *in l.* 2. *C. pro empt.* ubi ſervos propter artis peritiam neceſſarios impuberibus liberis ſervari pater præcepit, quod & obtineret ſi ſervi ad quamlibet aliam juſtam cauſam neceſſarii vel ſaltem utiles minoribus eſſent,de quibus *in l.verum.§.item non reſtituetur* 41. *de minor. l.ult.comm. divid. dict. l.* 12. §. 3. *in prin. de admin. tut. l.* 3. §. *ante* 2. *ubi pupill. educ. d.h. l.* 1. §. *ſed etſi* 8. *de tutor. & curat. & ratien.* & quos etiam ſtante Severi oratione impuberibus ſervare tutores potuerunt ut ex his juribus colligitur. Quod enim *præcedenti capite num.* 14. dixi eo jure minorum ſervos alienare tutores debuiſſe in his duntaxat procedebat, qua nec neceſſariæ nec utilia minoribus eſſent, ut ſi paterna alienationis prohibitio damnoſa minoribus ſit, liceat omnino tutoribus paternum præceptum contemnere ut *in l.* 5. §. 9. *de admin. tut.* ubi de his urbanis prædiis & mancipiis Ulpianus pertractat, quæ onéroſa potius, quam utilia minoribus erant, nam à Parentis voluntate quæ minoribus liberis diſpendium aliquod minitatur in jure ſemper receditur *l. militatem* 10. *de confirm. tutor. l.* 1. §. 1. *l.* 2.§. *ult. ubi pupill. educari deb.* ſic docet, licet non ſic illuſtret Valent. *dict. lib.* 3. *tract.* 6. *cap* 1. *num.* 21. *cum duobus ſeqq.*

3 Nec parentis ſolum ſed & extranei teſtatoris ex cujus bonis res ſinè decreto alienari prohibita ad minorem pervenerit diſtractionis permiſſio in cauſa eſt ut alienatio etiam inconſulto Prætore facta jure ſubſiſtat *l.* 3.*C. quando decreto opus non eſt*, quod non ex orationis verbis quæ de parentibus duntaxat loquuntur ſed ex ejus mente & ſententia proficiſcuntur,& receptum ideo eſt, quia de extranei etiam providentia qui minorem cui hæreditatem vel legatum reliquit, maxime fuit amore perſecutus, lex confidit. Hujuſmodi autem ſive Parentis ſive extranei permiſſionem ſeu voluntatem, vel teſtamento vel codicillis ſcriptam ſatis eſt *dict. l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quod non modo de teſtamentariis codicillis exaudio in quibus ſcripta perinde habentur, ac ſi teſtamento ſcripta forent *l.* 2. §. *codicillorum* 2. *de jur. Codic.* Sed & de codicillis ab inteſtato factis intelligo, nam diſtractionis permiſſio nuda & ſimplici voluntate contenta eſt, nec ullam ſolemnitatem deſiderat, ut ex eo dignoſcitur quod etſi paterno teſtamento irrito facto ſcripta res alienari prohibita etiam ſine decreto à tutoribus vel curatoribus jure diſtrahitur, elegans & ſingularis textus *in l.ult. hoc tit.* quia ex irrito etiam teſtamento nuda voluntas deſumitur, quæ utilem alienationem conſtituit, quemadmodum & quia legatum nuda poteſt adimi voluntate quæ ſufficit ad hoc ut ex teſtamento agens legatarius doli mali exceptione ſubmoveatur *l.* 3. §. *ult. l. cum ſervus* 15. *de adim. legat.* ex inutili ſervi legati inter vivos peracta manumiſſione, aut ex inutili rei legatæ voluntaria alienatione, vel ex invalida legati translatione efficax adimendi legati voluntas deſumitur *l. planè* 34. *in prin. de leg.* 1. *l.* 3 §. 5. *de fund. inſt. l. licet* 20. *l. legatum* 24. §. 1.*de adim. leg.* Petr. Barboſa *in dict. l.* 34. Cujacius 8. *reſpons. Papin. in dict. l.* 3. §. 1. *& in dict. l.* 24.§.1. Faber *dict. tit.*13. *de tut. prin.* 7 *illat.* 90. Oroz. *lib.* 1. *de apicibus cap.* 10. *num.* 6. *cum ſeq.* & aliis adductis ab Olea *de ceſſ. jur. tit.* 2. *quæſt.* 5. *ex num* 21.

Illud tamen ultra omnes quos viderim obſervo textum ſcilicet *in l. ult. hoc tit.* & ſi de irrito teſtamento loquatur, accipi de eo teſtamento non poſſe quod per capitis diminutionem irritam fieri propriè dicitur, quamvis contrarium Accurſius crediderit, nam ſi parens poſt factum teſtamentum ſervus fiat, quod antè habuit patrimonium ad dominum pertinet 4
§. 1. *de ſucceſ. ſublat.* etſi derogatus ſit cum capite fortunas quoque transfert in familiam & domum adrogatoris *l. qui ex liberis* 11. § *ult. de bon. poſſeſſ. ſecund.tab.* §. 1.*inſtit.de acquis. per adrog.* & cum neutro caſu paterna bona ad minorem filium perveniant, termini præmiſſæ diſtractionis deficiunt. Sed etſi deportatus parens ſit, quo caſu bonorum pars liberis ex Imperiali clementia reſervatur, *l.* 7. *de bon. damnat. cum ſimil.* adhuc tamen paternæ voluntatis irrito teſtamento ſcriptæ adverſus Goffredum *in dict. l. ult.* nullam habendam rationem exiſtimarem, nec enim deportati parentis providentia cujus conſumpta omnino dicitur exiſtimatio *in l* 5. §. *ult. de var. & extraord. cog.* circa minorum res diſtrahendas confidendum eſt. Et alia profecto aſſignationis liberti cauſa eſt, quæ ſubſiſtit, & ſi teſtamentum per deportationem irritum effectum ſit *l.* 1. *in prin. verſ. in civitate. juncto* §. *aſſignare* 3. *& l.* 7. *de*

Digitized by Google

aſſign. libert. Retes *de interd. & relegat. lib. 3. num.* 38. nam non æque maturum ſeu deliberatum conſilium ac diſtractionis permiſſio requirit, cum longè minus lucrum aut diſpendium præ ſe gerat Intelligendus eſt itaque textus *in dict. l. ult.* de injuſto ſeu minus ſolemni teſtamenru propter vitium aliquod extrinſecum aut intrinſecum, ex quo utilis paterua voluntas deſumitur circa earum rerum diſtractionem, quæ alieoari ſine decreto prohibetur, argum. textus *in l. 3. de confirm. tut. & in l. cum dominus 19. §. ult. cum l. ſeq. de pecul. legat.* (pro quarum conciliatione *cum l. dico 7. de manum.* omiſſis Cujacio *lib 7. reſpons. Papin in l. 19. §. 2. de pecul. legat.* vide Oroz. *lib. 1. cap. 10. num. 10. cum quinque ſeqq.*) aut de teſtamento per oativitatem præteriti poſthumi rupto, cum & injuſta & rupta teſtamenta irrita etiam rectè dicanrur *§. hoc autem 51. quibus mod. teſtam. infirm*, aliud verò dicendum cenſerem, ſi teſtamentum quo parens rei alienæ probibitæ diſtractiooem permiſerit, per ſecundum teſtamentum in quo ſcripta eadem voluntas non eſſet, ruptum proponeretur, nam ubi prius teſtamentum per poſterius rumpitur, nullum prioris voluntatis ſupereſt veſtigium, à qua teſtator creditur omoinò receſſiſſe *l. ſi jure 18. de legat. 3.* ut cum pluribus Caſtillo *tom. 5. controverſ. cap. 108. ex num. 22.* aut ſi per inofficioſi querelam ruptum eſſet, nam cum querela eo colore teſtamentum reſcindar, quaſi non ſanæ mentis fuiſſet parens dum teſtamentum ordinavit *l. 2. de inoff. prin. inſtit. eod. tit.* nulla ſcriptæ io eo voluntatis ratio habetur etiam circa quæ nudam ſolum voluntatem deſiderant *l. Titia 13. eod tit. l. nec fideicommiſſa 36.* ubi D. Retes *ſub lib. 4. opuſc. ad notas Claudii de leg. 3.* juncta vulg. regul. textus *in l. furioſi 40. de reg. jur.* juoctis etiam quæ dixi *ad titulum C. de collat. cap. 1. num. 17.* Nec contrarium probat textus *in l. jure noſtro 26. §. ult. de teſtam. tut.* ubi non poſt teſtamentum per in officioſi querelam reſciſſum, ſed iooſſicioſi lite pendente Prætor paternam ſequitur voluntatem, & teſtamento datum tutorem confirmat, quæ eventus rei judicatæ vel ex teſtameuto vel ex prætoris decreto autoritatem accepiſſe declarat, cujuſque tutela finitur, ſi fuerit contra teſtamentum judicatum, prout & in ſimili textu *in l. idem fiet 27. §. ult.* Hodie verò poſt novam Juſtiniani ſanctionem *in auth. ex cauſa C. de liber. præterm.* teſtamento per inofficioſi querelam reſciſſo diſtractionis ſcripta permiſſio efficax ſinè dubio eſt, & ſine decreto diſtrahendi facultatem tutoribus aut curatoribus tribuit.

5 Ex his infero, quod & in privata ſcriptura, quæ oec ad teſtamenti, nec ad codicillorum cauſam pertineat, expreſſa paternæ voluntatis rei ſine decreto alienari prohibitæ diſtractionis permiſſio eundem effectum operatur exemplo aſſignationis liberti, quæ quia nuda voluntate peragitur in privato etiam poteſt chytographo fieri *dict. l. 1. §. 3. dict. l. 7. de aſſignat. libert.* Et patroni conſenſus circa nuptias inter tutorem & pupillam quæ in privato chirographo ſcribi ſatis eſt juxta textus in quibus paternæ deſtinationis nomine patentis per juſſum privata ſcriptura declaratum intelligo *in dict. l. 36. de rit. nupt. & in l. 7. ad leg. Jul. de adult.* quod & inſinnaſſe Cujacius videtur *lib. 5. quæſt. Paul. in l. 36. jam dicta*; facit & ab argumento textus *in l. 10. verſ. quod denique de confirm. tut.* expreſſam autem vel teſtamento vel codicillis, vel privato chyrographo diſtractionis permiſſionem exigit. Nec ſufficit quod parens dum vixerit res quaſdam ex eis quæ ſine decreto alienari prohibentur venales habuerint, niſi ut diſtrahautur expreſsè permiſerit *dict. l. 1. §. ſi defunctus 3. hoc tit.* ubi elegantem illam rationem præſtat Ulpianus; *Non enim utique qui ipſe voluerit vendere, idem etiam poſtea diſtrahenda putavit, quaſi dicat*, potuit utique parens venalia ruſtica prædia prudenti eo conſilio habere, ut ex pecunia ex eorum diſtractione tedacta fertiliora alia compararet, nec eamdem providentiam tutoribus aut curatoribus credendus arbitrari; Quæ Ulpiani ſententia ſic à paritate probatur, & ſi Parens dum vixerit oegotiationem aliquam exercuerit, niſi tamen expreſſe juſſerit, ut poſt mortem ſuam idem negotium exerceatur, liberum eſt tutotibus aut curatotibus omnes negotiationis merces diſtrahere, neque enim, qui ipſe negotiationem voluit exercere, idem etiam exercendum poſtea putavit *l. Titio 47. §. ultero 6. l. qui negotiationem 58. in prin. de admin. tut.* pro quarum pleoiori intelligentia adeundi textus *in dict. l. 1. § 3. hoc tit.* cujus non meminere Cujacius *l. 2. Reſpons. Scæv. in dict l. 47. §. 6.* Anton. Faber. *dict. lib. 13. prin. 7. illat. 47. & 58*, D. Retes *ſub dict. lib. 4. opuſc. ad not. Claud. in dict. l. 58. per integrum commentarium.* Ergo èconverſo etſi pareos dum vixerit res quaſdam ex his, quæ alienari ſine decreto non poſſunt venales babuerit, niſi nominatim ut diſtrahaotur permiſerit, eas ſine decreto diſtrabeodi tutoribus aut curatoribus facultas non competit.

Secundò ad paterni contractus implementum 6
& executiooem alienatio etiam inconſulto Prætore fit rectè, utpote creditor quem à minoris patente fundum acceperit, in non ſolutæ pecuniæ caſu poteſt ſine decreto diſtrahere, quod orationis verbis nominatim cautum fuit ut apparet ex *dict. l. 1. § 2. in fin. hoc tit.* Hujuſmodi namque diſtractio ex Patris contractu & voluntate deſcendit, qui in pignore dando, vi ipſa, de ejus diſtractione in noo ſolutæ pecuniæ caſu conveniſſe cenſetur, quò pertinet quod dicitur *in leg. 1. C. de præd. minor.* Venditionem prædii quod jure pignoris à minotis parente ſcilicet conſtituti diſtractum eſt, io Severi prohibitione non comprehendi ad eum textum cum judicio Cujacius animadvertit, quod ita ſimpliciter ſcriptum invenimus *in l. 2. C. ſi adverſ. vend. pignor.* (pro cujus quoad denegatæ reſtitutionis partem quæ inſpectionis ooſtræ non eſt cum Paul. *lib. 1. ſentent. tit 9. de minor. §. ult.* & Marciano *in l. ſi creditor 7. §. 1. verſic. niſi de diſtract. pignor. conciliatione*, omiſſo Duareoo *in paraphraſi ad tit. C. ſi adverſ vend. pignor.* vide Cujac. *ad Paul. in dict. §. ult. &* Fabr. *de error. pragm. decad. 23. err. 6. num. 2. & 3.*) *in l. ſi tibi 8. C. mand.* & io textu ſic etiam poteſt intelligi *in l. 5. §. ſed etſi creditor 5. de autor. tut.* rem à minoris parente, vel ab extraoeo cui minor ſucceſſit, (quo caſu idem ex orationis ſententia ſervatur argumento eorum quæ dixi *num. 3.*) pignori ſuppoſitam creditorem ſine decreto diſtrahere, exaudiendum generaliter eſt, licet ea res pignoti obligata pooatur, cujus alioqnin ſine decreto interdicta ſit alienatio. Sed

diees, nec inſubtiliter minor fundum à parente pignori obligatum inconſulto Prætore non poteſt diſtrabere *l. 2. C. de præd. minor.* Ergo ſimiliter nec creditor quem à minoris parente pignori fundum acceperit, aliter poterit quam decreto intercedente diſtrahete, cum io pignore diſtrahendo veluti quidam minoris, ejuſqoe debitoris procurator eſſe cenſeatur ex dictis *anteriori cap. num.* 41. omiſſis tamen quæ tradit Dionis. Gottofred. *in not. ad dict. l.* 2. Reſpondeo quod fundi à parente pignori dati à minore ſine decreto facta diſtractio ideo non ſubſiſtit quia voluntaria eſt alienatio etſi eo animo fundus diſtractus proponatur, ut creditori ſatisfiat, cum nec ex cauſa æris alieni citra Prætoris decretum alienari fundus poſſit, ut *infra* dicemus, nec ex eo quod parens pignori fundum ſubjecerit, ejus diſtrahendi facultatem tutori vel curatori tribuiſſe cenſendus ſit, cum ex aliis bonis alienari non prohibitis poſſit creditori ſatisfieri. Ex contrario autem creditor fundum à minoris parente pignori acceptum propter paternam conventionem poteſt inconſulto Prætore diſtrahere, & quamvis ab eo facta diſtractio minoris nomine facta intelligatur, minoris tamen reſpectu non voluntaria ſed neceſſaria eſt alieoatio, quæ idcirco Prætoris decretum non expoſcit ut ex poſtea dicendis clarius apparebit.

Neceſſariæ autem hujus alieoationis ex defuncti parentis vel extranei contractu decedentis exemplo & orationis ſententia & rationis identitate receptum eſt, ut fundus à parente vel ab alio cui minor ſucceſſerit ex ſtipulatioois aut venditionis aliavè qualibet juſta cau-
7 ſa debitus creditori tradi inconſulto Prætore
poſſit *l. 5. §. ſed ſi 6. & §. eadem ratione 7. hoc tit.* cum hujujuſmodi traditio ſeu neceſſaria alienatio, executio, ſive implementum paterni contractus ſit ex regula textus *in l. ſi quis alienam 46. de act. empt.* & iniquom profecto foret eum qui cum majore contraxit, ex eo quod in minorem inciderit, ad fundum ſibi debitum accipiendum Prætoris decretum expectare compelli argum. textus *in leg. 3. in fin. prin. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* ſimiliter ſi minoris parens eum fundum emiſſet, cum venditore convenerit ut fundo reddito pretium reciperet fundi retrotraditio, quæ implementum paternæ retro venditionis eſt ſine decreto utiliter expeditur ut Severi & Antonini reſcripto cautum eſt *in leg. 1. C. quando decreto opus non eſt.* Anton. Faber *dict. lib.* 13. *prin.* 8. *illat.* 60. Quod adeo verum eſt ut & tutor quem à pupilli parente emerit, ipſe ſibi poſſit inconſulto Prætore tradere, ſingularis textus *in leg. fiſtulas* 78. §. 1. *de contrah. empt.* juncta gener. regula textus *in leg. quoties* 9. §. *ſicut autem* 8. *de admin. tut. cum ſimili*, & junctis quæ pro explanatione textus *in dict. l.* 78. §. 1. docent quoad alias quæ ad rem noſtram non ſpectant difficultates conſulendi omnino Antonius Faber *in ejus rationali* & Caldas Pereyra *in l. 3. C. de in integ. reſtit. verbo contractum feciſti num.* 17. & *num* 26. Nec his omnibus opponitur textus *in leg. minor* 40. §. 1. *de minorib.* ubi minor parentis prædia propter debita ab ipſo parente contracta inconſulto Prætore in ſolutum dediſſe, proponitur; neque ejus parens prædia ipſa debebat, ſed pecuniam ex rationibus tutelæ quam gerebat, & idcirco minor prædia pro pecunia inconſulte in ſolutum data in eo textu dicuntur urbana non ruſtica fuiſſe merito Accurſ. & Anton. Faber advertit, alioquin ſine decreto facta in ſolutum datio inutilis ipſo jure fuiſſet, nec reſtitutionis beneficio minori opus fuiſſet ex dictis *præced. cap. num.* 33.

Hinc ſi minoris parens fundum pignori creditori ſubjecerit, nihil contra Severi orationem facere tutor intelligitur, ſi paterno creditori pecuniam ſolvat, ut in ejus locum ſuccedat *l. non ſit* 12. *hoc tit.* cum pignoris obligatio ex paterno contractu deſcendat, nec minoris
quidquam interſit an Paterno creditori (qui 8
fundum pignori acceperat.) an vero tutori debeat, quemadmodum & ex eadem ratione tutor qui ut paterno creditori ſatisfaciat à novo creditore mutuam pecuniam accipit eundem fundum citra Prætoris decretum pignori novo creditori obligare, & ſic prioris creditoris jus in ſequentem transferre non prohibetur (quod alioquin ſine expreſſa pignoris conſtitutione ex eo ſolum transferri in novum creditorem non poſſet, quod ex ejus pecunia dimiſſus antiquior creditor eſſet *l. 3. quæ res pignor.* Arias de Meſa *lib. 3. var. reſol. cap.* 12. *per tot.*) dum tamen ner ampliorem ſummam nec ſub gravioribus uſuris ab eo mutuam accipiat *l. ſi pupillorum* 7. §. *ult. hoc tit.* Cæterum ſi quæritur an hodie *poſt. nov.* 72. *cap.* 5. obi cautum eſt tutores vel curatores nulla ex cauſa poſſunt actionum ceſſiones adverſus minores accipere, poſſit tutor paterno creditori pecuniam ſolvere, ita ut in ejus locum ſuccedat? Reſpondet optimè Antonius Faber *dict. lib.* 13. *prin.* 7. *illat* 89. quod ſi poſt ſuſceptam tutelam pupilli creditor hypothecarius, vel chyrographarius effectus ſit, veluti ſi pupilli creditori ſucceſſerit, quo exemplo Juſtinianus utitur *in dict. nov.* 72. *cap.* 2. poterit ſine dubio paterno alteri creditori ſolvere, ita ut in ejus locum ſuccedat, quia non tam adverſus pupillum ſibi proſpicit, quem obligationis vinculo obſtrictum ſatis babet, quam adverſus alios pupilli creditores, quibus in prioris creditoris jus ſuccedens præfertur *l. 1. & 3. C. de his qui in prior. credit. locum.* ſed & poterit à paterno creditore pignus emere, eum ex quadam juris neceſſitate ſui pignoris confirmandi cauſa pecuniam dediſſe cenſetur *l. 2. l. cum poſterior. 6. de diſtract. pignor.* Cujac. *lib. 2. reſponſ. Papin. in dict. l. 2. & lib. 16. obſerv. cap.* 16. Arias de Meza *dict. lib. 1. var. cap. 9. & 10. & cap. 25. num.* 30. quorum neutrum prohibere Juſtinianum voluiſſe dicendum eſt. At verò ſi pupilli creditor effectus per ſuſceptam tutelam non ſit ultro & ſponte ſolvere minoris creditori oon poterit, ita ot in ejus locum ſuccedat, cum volontaria hujuſmodi adverſus minorem actionis acquiſitio à Juſtiniano probibita expreſſè ſit, oiſi forſan tutor bona fide ut pupillum à paterni ereditoris moleſtiis & vexationibus liberaret pecuniam ipſe perſolverit, quo caſo hodie etiam in ejus locum ſuccedit, cum principaliter actionis ceſſio tutori bona fide facta & à qua ſiniſtra omnis ſuſpicio abſit in ſuperiori novella prohibita non intelligatur ut cum Judicio reſolvit Olea *de ceſſ. jur. tit. 2. quæſt. 6. num.*

Digitized by Google

ultim. 13. 14. & 15. cujus ſententia poterit confirmari ex his quæ pro expoſitione textus *in leg. per diverſas* 22. *C. mandati.* docent Anton. Faber *lib.* 12. *conject. cap.* 12. & ei ſubſcribens, alioſque refereus Olea *tit.* 6. *quæſt.* 10. *ex num.* 55.

9 Ejuſdem neceſſariæ alienationis exemplo, quæ defuncti voluntate proficiſcitur ex orationis meiꝛe rationis idemtitas induxit, ut ſi parens vel extraneus à pupillo quem hæredem ſcripſerit alteri fundnm legavèrit, aut per fideicommiſſum reliquerit multum interſit, an hæredis, an teſtatoris proprius fundus, ſit *l.* 5. §. *ſi fundum* 4. *hoc tit.* ubi docet Ulpianus quod ſi fuudus proprius minoris ejuſque hæredis ſit legatario aut fideicommiſſario tradi ſine Prætoris decreto non poteſt, cujus erit fundi pretium cum lucro quod ex hæreditate ſupereſſe poſſit conferre, & ſi hæreditarium lucrum fundi pretium ſuperare compererit fundi traditionem ſeu alienationem permittere; ſin minus prohibere, & minorem adverſus hæreditatis aditionem in integrum reſtituere; ſin autem proprius teſtatoris ſit, oratione ceſſante tradi inconſulto Prætore poteſt, ſive per vindicationem fuerit legatus, quo caſu à minore eodemque hærede alienatus dici non poteſt, cum ejus dominium, quod fuit hæreditatis recta via ad legatarium tranſeat, nunquam factum hæredis *dict. l.* 80. *de legat.* 2. ſive per damnationem aut fideicommiſſum relictus proponatur, namque his caſibus à minore per traditionem ſit alienatio cum neceſſaria non voluntaria ſit, & ex parentis aut extranei teſtatoris judicio deſcendat in alienationis prohibitione non comprehenditur, ut explicat Faber *dict. tit.* 53. *prin.* 8. *illat.* 58. Quæ doctrina quatenus ad fundi minoris, ejuſdemque hæredis proprii à teſtatore legati traditionem Prætoris decretum expoſcit, ex eo mirificè confirmatur quod viginti annis minor qui ſervum alienare manumiſſionis cauſa non poteſt *l.* 4. *de ſerv. export.* proprium ſervum quem ab eo à quo hæreditatem vel legatum meruerit manumittere rogatus ſit, rectè ex fideicommiſſi cauſa manumittit (quo exemplo obiter exemplificare poſſe cenſebam quod dicitur *in leg. alieno* 31. §. *qui fideicommiſſariam* 2. & *in leg. non tantum* 51. §. 1. *de fideicom. libert.* eum qui fideicommiſſariam debet libertatem, eo etiam tempore quo alienare prohibetur poſſe manumittere) dum tamen prius apud conſilium cauſam probaverit, in quo cum ſervi pretio emolumenti quantitas, quæ ad minorem ex judicio teſtatoris pervenerit, erit conferenda, ut ſic manumittere permittatur aut prohibeatur, & in caſu prohibitionis adverſus hæreditatis vel legati agnitionem reſtituitur *l. ſi rogatus* 20 *in prin. verſ. niſi proprium de manum. vind.* Quod & in viginti annis majore, ac viginti quinque minore ſervatur, qui licet manumittere citra cauſæ prohibitionem poſſit, ſi tamen proprium ſervum, qui pluris ſit, quam in teſtamento ei legatum fuerit, manumittere rogatus ſit, & legatum acceperit integrum reſtitui, etſi legatum reddiderit, præſtare libertatem non cogitur *l. ſi minor* 33 arg. textus *in leg. tutor.* 26. *de liberat. legat.* junct. illuſtr. Ramos *lib.* 1. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 13. *num. ult. & cap.* 14. *num.* 2. & 3. Quibus & ſimile illud eſt, quod viginti annis minor ſub ea conditione inſtitutus: *ſi proprium ſervum manumiſerit*, non aliter conditionis implendæ cauſa rectè manumittit, quam ſi prius apud conſilium hæreditatis lucrum cum ſervi pretio conferatur, & manumiſſionis cauſa probatur *l. etiam* 15. *in prin. de manum. vind.* juncto Fabro *in Papin. tit.* 6. *prin.* 7. *illat.* 5. *in fine.* Qua paritate nixus non dobito, quod & minor ea conditione hæres ſcriptos: *ſi proprium fundum Titio dederit* non aliter fundum conditionis implendæ cauſa poterit alienare, quam ſi prius hæreditarii Lucri, cum fundi pretio collatione facta alienationem Prætor promiſerit.

10 Quatenus autem ſuperior doctrina anterioris numeri initio præjacta ad fundi teſtatoris proprii à minore, eodemque hærede legati, aut per fideicommiſſum relicti traditionem Prætoris decretum non deſiderat, ex eo impugnari non leviter videtur, quod viginti annis minor hæres ſcriptus aut legatarius, nec proprium quidem teſtatoris ſervum, quem manumittere rogatus eſt, aliter quam apud conſilium cauſa probata rectè manumittit, *dict. l.* 20. *in prin. de man. vind.* ubi incunctanter minori proprium teſtatoris ſervum ex fideicommiſſi cauſa manumittere permittendum docemur, quod & ſenſit Papinian. dum *in leg. cauſam* 20. §. 1. *de manumiſſ.* ubi generaliter ſcripſit minorem ex cauſa fideicommiſſi non aliter quam apud conſilium cauſa probata jure manumittere & libertatem niſi ita manumiſſo non competere. Nec huic difficultati, quam ad rem à nullo expenſam vidi, ſatisfaciet qui ex mente Cujacii *lib.* 10. *reſponſ. Papin. in dict. l.* 20. *de manum.* dixerit cum Narbona *de ætate anno* 20. *quæſt.* 7. *num.* 11. Papinianum *in dict. l.* 20. §. 1. *de fideicom. Libert.* ſervo minoris proprio relicta locutum, & idcirco cauſæ probationem deſideraſſe, nam hæc interpretatio, ut ex ipſo textu convincitur cujus initio cum Papinianos dixiſſet, ideo minorem ſervum ſibi manumiſſionis cauſâ donatum manumittere volentem ex abundanti cauſam probare, quia ſic donatus ſervus ſi manumiſſus non ſit ipſo jure ex D. Maci conſtitutione libertatem nanciſcitur, non idem in fideicommiſſaria libertate juris eſſe *in dict.* §. 1. ſubjunxit, quia etſi minor in fideicommiſſi cauſa non manumiſerit, non ipſo jure, ſed Prætoris accedente decreto libertatem ſervus conſequitur *l. quaſi* 30. §. *ſi verò pupillus* 3. *de fideicom. libert.* Quæ generalis ratio ex viſceribus textus deprompta indiſtinctè ad fideicommiſſariam libertatem ſervo ſive teſtatoris, ſive minoris proprio relictam ſpectat, prout eum textum melius accepere Connanus *lib.* 2. *comm. cap.* 5. Faber *dict. tit.* 6. *prin.* 7. *illat.* 5. Arias de Meſa *lib.* 3. *var. cap.* 26. *num. ult.* Et ex eo prætera refellitur quod *in dict. l.* 20. *in prin. de man. vind.* minor nec teſtatoris quidem ſervum ex cauſa fideicommiſſi citra cauſæ probationem rectè maoumittit; ut ſuadent illa verba *incunctanter debet ei permitti, juncta dict. l.* 15. *in prin. eod. tit.* Et ex eo à ſimili probatur, quod & libertina mulier cum ſervum ſibi legatum ut eum manumittat & manumiſſo nubat, ſi minor viginti annis ſit, non aliter quam ſi apud conſilium cauſam probaverit, jure manumittit *l. alumnos* 14. §. 1. *eod. tit.* Ramos *lib.* 2. *ad leg. Jul. & Pap. prin.* 33. *n.* 6.

11 In re itaque difficillima ab interpretibus omiſſa & in qua diſcere magis vellem quàm docere, dicendom primum exiſtimo legem æliam Sentiam eo capite qua minoribus non aliter quam juſta cauſa apud conſilium approbata manumittere permiſit juſtas manumiſſionis cauſas, aut non expreſſiſſe ot probare videntur textus *in dict. l.* 15. §. 1. *verſ. & longum eſt. cum l.leg. in prin. de manum. vind.* aut ſaltem nunquam minorum aut eorum tutorum vel curatorum arbitrio ſed ſemper magiſtratus & aliorum conſilio intereſſe debentium judicio æſtimandas vel definiendas reliquiſſe ut conſtat *ex l. ſi minor.* 11. *cum pluribus ſeqq. eod. tit.* ne alioquin ſi minorum, aut eorum tutorum vel curatorum judicio, de quo multo minus, quam de exacto & gravi Magiſtratus & Senatorum, aut Recuperatorum conſilio lex confidit, exiſtimarentur, ſæpè quali quali nec juſta cauſa definita cum irreparabili minorum præjudicio ſervi manumitterentur, cum nec definita ſemel cauſa poſſit poſtea retractari *l. juſta* 9. §. 1. *eod. tit.* Nec adverſus ſemel præſtitam libertatem ulla minoribus competat reſtitutio *l. ſi ex cauſa* 9. §. *ult. de min. l.* 1. 2. & 3. *C. ſi adverſ. libert.* Juncto Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 2. *cap.* 1. *n.* 15. & idcirco minorem nec teſtatoris, nec proprium ſervum etiam ex cauſa fideicommiſſi citra cauſæ probationem poſſe manumittere, Severi autem orationem ex contrario ut ejus verba demonſtrant quæ extant *in dict. l.* 1. §. 2. *hoc tit.* juſtas permittendæ alienationis cauſas ſiguanter expreſſiſſe, & ex eis noonullas tutorum aut curatorum judicio, quaſdam vero Magiſtratus decreto exiſtimandas, ideo aut definiendas conſtituiſſe, quia nec qualem qualem cauſam à tutore, vel curatore, aut magiſtratu ad alienationis validitatem definiri ſaris eſt, quæ imo quandocumque vel ex falſa, vel ex non juſta cauſa proceſſiſſe dignoſcitur juxta ipſius orationis verba, ipſo jure inutilis eſt *dict. l.* 1. §. 2. *verſ. manente pupilli actione dict. l.* 5. § *manet* 15. *l. quamvis* 9. *hoc tit. l. etſi præſes* 5. *C. de præd. & alien. reb. min.* & adhuc ex juſta cauſa à tutore aut curatore, vel à Magiſtratu definita, facta, poteſt à minore ſi ſe læſum oſtenderit, implorato reſtitutionis auxilio, reſcindi, ut plenius ſuo loco dicemus, & interim probat textus *in l. ſi quidem* 11. *C. eod. tit.* & ea ratione minorem quoties aliqua juſta cauſa intercedit ex his, quæ aut orationis verbis continentur, aur ex ejus mente receptæ per Conſultorum interpretationes ſunt, citra Prætoris decretum poſſe alienationem exercere dum tamen tutoris, aut curatoris autoritas interveniat, quæ indiſtinctè ad alienationem exercendam neceſſaria minoribus eſt, ur dixi *ſuperiori capite n.* 1. & probat ab argumento textus *in l. ex cauſa* 11. ubi Cujacius *lib.* 1. *differ. Modeſtini & in l.* 30 §. 1. *de fideicom. libert.*

12 Ex quibus inſero quod quemadmodum teſtator à minore, quem hærèdem inſtituit, proprium fundum poteſt legare, quin ad ejus traditionem opus ſir decteto cum ſuis rebus, quam voluerit legem dicere, non prohibeatur; ſic & qui minori fundum donaverit poteſt in ipſo donationis actu reſolutivam conditionem adjicere, qua exiſtente, fundi dominium à minore, eodemque donatario ipſo jure abſque ullo Prætoris decteto recedit, & ad donantem recurrit, cum donationis reſolutio neceſſaria reſpectu minoris ſit, utpotè quæ ex donantis voluntate dimanat, qui nec aliter donaturus fundum fuiſſet; aſſumptum ex eo à ſimili probatur, quod & viginti annis minor ſervum ſibi manumiſſionis cauſam donatum rectè manumittit, dum tamen prius manumiſſionis cauſam probaverit, quod neceſſarium omnino eſſe conſtat ex anteriori numero dictis, & oſtendunt expreſſi textus *in l. illud* 16. §. 1. & *in dict. l.* 20. §. 1. *de manum. vind.* quidquid ſine examine dixerit D. Retes *ſub lib.* 4. *opuſc. ad not. Claud. in l. ult. de ſerv. export. num. ult.* Quamvis neceſſaria cauſæ probatio non ſit, ad hoc ut ſervo ſic donato, ſi manumiſſus non ſit libertas competat juxta textum ſic intelligendum, & cum ſuperioribus conciliandum *in dict. l.* 20. *in prin. de manum.* ex ſententia Fabri *dict. tit.* 6. *prin.* 7. *illat.* 5. & 6. unde quod *in l. pupillorum* 21. *C. de admin. tut.* minorum tutores vel curatores, ſi quidem donationum conditionem neglexerint amiſſæ rei periculum præſtare teneri Conſtantinus reſcribit, renuant licet Accurſius & antiquiores de reſolutiva etiam conditione donationi adjecta, quæ propter tutorum aut curatorum negligentiam extiterit exaudiendum exiſtimo, quamvis ea res donata proponatur, quæ alienari alioquin ſine decreto non poſſit. Nec tunc obſtat textus *in l. ſi ad reſolvendam donationem* 7. *C. de præd. minor.* ubi à minore emiſſa cautio ad reſolvendam donationem contra orationis autoritatem data, & ipſo jure inutilis eſſe dicitur. Nam cautio de qua *in dict. l.* 7. non donationis tempore, ſed poſt perfectam donationem à minore donatario ex intervallo fuit emiſſa, qui acquiſitum ſemel irreſolubile donati fundi dominium propter cautionem ſive ſcripturam inconſulto Prætore emiſſam amittere poſtea non poteſt *l.* 2. *C. ſi adverſus donation.* Ne alioquin donationis reſolorio ex ſolius minoris donatoris voluntate procedat, quæ voluntaria omnino foret alienatio, cum liberum donaori non ſit perfectæ ſemel donationi ex intervallo conditionem adjicere *l.* 4. *C. de donat.* quæ ſub modo docent cum pluribus Arias de Meſa *dict. l.* 3. *var. cap.* 25. *num.* 1. & Olea *de ceſſion. jur. tit.* 2. *quæſt* 2. *num.* 17. *cum ſeq.* melius quam Faber *dict. tit.* 13. *prin.* 8. *illat.* 64.

Nec donationi duntaxat ſed & emptioni & venditioni oppoſita reſolutiva conditio, id ubi extiterit operatur, ut fundi dominium à minore ipſo jure abſque ullo decreto recedat, ut ecce, ſi mioor ſub reſolutivo pacto addictionis in diem aut ſub lege commiſſoria fundum emerit, ſi quidem iotra præfixam diem alius meliorem conditionem attulerit, aut ſolutum pretium non ſit acquiſitum, fundi dominium ſine decreto confeſtim amittit, quod ad venditorem ipſo jure recurrit, non minus quam ſi à majore emptus fuiſſet juxta terminos textus *in l. ſi quis* 41. *de rei vind. l.* 4. §. *ſed & Marcellus* 3. *de in diem addit.* juncto Donel. *lib.* 16. *comment. cap.* 18. *litt. C. & dict. cap.* 14. *circa fin.* Hæc ſententia quam amplexaotur Meſa *dict. l.* 3. *cap.* 25. *per tot.* Olea *dict. tit.* 2. *quæſt.* 2. *per tot.* ex eo ſolet vulgariter veriſſime tamen probari quod liberum eſt venditori fundi venditioni quam voluerit legem adjicere & venditionis reſolutio neceſſaria minoris reſpectu eſt, cum ex venditoris voluntate dimanet, qui nec 13

Digitized by Google

aliter venditurus fundum fuiſſet. Accedit quod ubi venditio ſub reſolutiva conditione contrahitur fundus minori pretio diſtrahitur, cum reſolutivum pactum in continenti venditioni adjectum veluti quædam pretii pars intelligitur argum. textus *in l. fundi partem 79. de contrah. empt. l. ſi ſterilis* 21. §. *ſi tibi 4. de act. empti*, Ne ergo venditor decipiatur pactum adimpleri opus eſt. Expenditur etiam pro hac ipſa ſententia textus *in l. ſi emptionem 35. de minor.* qui tamen de fundi venditione ſignanter non loquitur, quamvis generalis ejus doctrina debeat etiam in fundi venditione procedere vulgaribus hiſce fundamentis quibus laudati nuper interpretes utuntur; dico alia ex propria obſervatione & urgenti ratione ni fallor adjicio primum ex celebri textu *in l. Æmilius 38. de minor.* ubi ei qui ſub lege commiſſoria fundum emerat pupilla ſucceſſit, & cum tutores in pretii ſolutione ceſſaſſent, venditor alteri eundem fundum vendidit: pupilla in integrum reſtitui deſiderabat, victa tam apud Prætorem, quam apud Præfectum urbis, ad Principem provocaverat, cumque in ſacro Antonini Imperatoris conſiſtorio provocationis cauſa perageretur Paulus ex eo tam à Prætore quam à Præfecto urbis bene judicatum contendebat, quod pater ejus, non ipſa contraxerat, quamvis Antoninus aliis rationibus motus (quas examinare extraneum à tractatione noſtra eſt) ut latè exponunt Duard. *ad tit. C. ſi adverſ. vendit. pign.* Cujac. *ad pandect. in dict. l. 3.* Faber. *in ejus ration. & de error. decad. 25. error. 5. & 6.*) in integrum reſtituendam pupillam pronunciaverit. Tunc ſic; tam ex ſuperiori Pauli ratione quam ex integra textus ſerie evidenter infertur, quod ſi pupilla ipſa ſub lege commiſſoria fundum emiſſet, ejuſque tutores in pretii ſolutione ceſſaſſent, citra controverſiam in integrum foret reſtituenda, ergo reſolutivæ conditionis exiſtentia id operatur ut fundi dominium ſine ullo decreto à minore ipſo jure recedit, & ad venditorem recurrat, alioquin reſtitutionis beneficio opus minori non eſſet ex regula textus *in l. 2. C. ſi advers. donat.* ſecundum ex eo quod viginti annis minor qui ſervum ita vendere ut manumittatur ab emptore non poteſt, quia lex ejus conſilio tanquam parum firmo reſiſtit *l. verum 11. §. 1. de minor. dict. l. 4. de ſerv. export. l. ſi quis 7. §. 1. qui & à quib. l. 4. C. qui manum. non poſſ.* ſervum tamen emere ea lege poteſt ut eum ipſum manumittat, quæ conventio juſtam manumiſſionis cauſam producit, & id ex D. Marci Conſtitutione operatur, ut ſervus ſi quidem manumiſſus non ſit liber ipſo jure fiat, quia ſcilicet non tam ex minoris quam ex majoris voluntate venditoris qui manumiſſionis legem appoſuit, libertas competit *dict. l. 18. §. 1. de man. vind. junct. dict. l. 11. §. 5. in fin. de minor.* Retes *ſub lib. 4. opuſc. ad not. Claudii in dict. l. ult. de ſerv. export. num. 17. cum ſeq.* ſimiliter ergo minor qui ſub reſolutiva conditione fundum emerit, poſt ejus exiſtentiam ipſo jure abſque ullo decreto fundi dominium amittit.

Huic verò ſententiæ graviter obſiſtunt tex-
14 tus *in dict. l. 1. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* in quibus ſi minor prædia emerit, ut quoad pretium ſolveret eſſent pignori obligata venditori, inutile pignus eſſet, & ſecure Ulpianus reſpondet & Paulus poſtquam dubitavit tandem fatetur, tunc ſic, en ubi in ipſo venditionis contractu nominatim convenit, ut prædia quouſque pretium ſolveretur pignori eſſent, venditori obligata, quæ conventio oon poteſt non contractus pars eſſe cenſeri, & ex venditoris voluntate dimanat, qui nec aliter venditurus prædia fuiſſet, quam ſi minor emptor de eorum pignore conveniſſet, & tamen inutile pignoris pactum eſt, quamvis revera venditor decipiatur, ergo pariter ſi minor ſub reſolutivo pacto inconſulto Prætore fundum emerit, inutile reſolutivum pactum erit, nec reſolutivæ conditionis exiſtentia id poterit operari, ut fundi dominium à minore recedat & ad venditorem recurrat. Nec difficultatem diſſolvet, qui dixerit cum Caldas Pereira *in dict. l. 3. C. de in integ. reſtit. verbo contractum fecisti num. 9.* ideò in præfatis juribus inutile pignus eſſe quia ſive venditionis tempus inſpiciatur, conſtat in prædiis nondum traditis & ſic venditoris propriis conſtitui pignoris obligationem non poſſe ex vulgata regula textus *in l. nec pignus 45 de Reg. jur.* ſive traditionis tempus attendatur expeditum eſt in prædiis minoris jam propriis pignus conſtitui ſine decreto non poſſe; nam hæc ſolutio ex eo non difficulter convincitur, quod ſive venditionis tempus attendamus, nihil ſanè prohibet utilem eſſe venditionem, ut prædia venditoris adhuc propria in id tempus pignori venditori teneantur, quo tradita fuerint, propria eſſe cœperint argum. textus *in l. ſi fundus 16. §. aliena 7. de pignoribus l. ſi rem meam 31. l. exiſtimo 98. de verb. oblig.* prout ſine dubio pignus conſiſteret, ſi io eiſdem terminis fuiſſet à majore conſtitutum, ſive traditionis tempus expectemus, nihil etiam prohibere videtur, ut prædia, ubi minori acquiruntur, vinculo pignoris ſubjiciantur argumento eorum quæ de reſolutivo pacto venditioni appoſito diximus. Et ne in aliis pluribus ſolutionibus refellendis ſine fructu immoremur Olea *dict. tit. 2. quæſt. 2.* cui & ſubſcribit D. Gonzal. *in dict. cap. 5. de reb. Eccleſ. alien. vel non. num. 6.* poſt varias acriter rejectas *ex num. 41.* tandem reſpondet *in dict. l. 1. §. ult.* pignoris pactum non venditionis ſed traditionis tempore appoſitum fuiſſe, ideſt, minorem abſque ullo pignoris pacto prædia emiſſe, & cum pretium præ manibus oon haberet traditionis tempore, cum venditore prædiorum pignore conveniſſe, & ideirco Paulum *in dict. l. 2. de pignor.* validitatem dubitaſſe quia cum dominio pignus fuit quæſitum, ideſt pignoris pactum fictam prædiorum traditionem, & ſic dominii tranſlationem produxit argum. textus *in l. quadam 77. de rei vind. l. quiſquis 28. C. de donat.* Juncto Pichardo *in §. utique 51. de emptione & vend. n. 6.* undè abſurdum videbatur ut inutile pactum eſſet, cujus ratione prædiorum dominium minor acquiſiſſet; contrarium tameo Ulpianum & Paulum reſpondiſſe, quia perfectæ jam venditionis pactum ex intervallo fuit adjectum, quamvis poſſit ex imperiali reſcripto confirmari, cum ex eo circumſcriptus hæres minor non ſit.

Quæquidem Doctiſſimi viri ſolutio eatenus 15
ſolum diſplicet, quatenus pignoris pactum fictam traditionem & dominii tranſlationem producere affirmat, nam ot brevis manus fictioni ſit locus, venditorem emptoris nomine rem venditam poſſidere, conſtituere opus eſt, ut *in dict.*

l. 77. de rei vind. & in dict. l. 28. de donat. junctis quæ dixi ad tit. digeſt. de acquir. poſſeſſ. cap. 2. num. 16. 17. & 18. & cum pignoratitius creditor non debitoris ſed proprio nomine & ſic ſtrictè rem ſibi pignori obligatam poſſideat l. cum & ſortis 35. de pignor. act. l. 1. §. per ſervum 15. l. qui pignoris 36. cum l. ſeq. de acquir. poſſeſſ. Galvan. de uſufruct. cap. 33. num. 7. Oroz. lib. 4. de apicib. cap. 3. num. 3. & cum aliis Retes lib. 1. opuſc. cap. 13. n. 2. ut fundavi in relato nuper commentario cap. 1. num. 2. & 3. quod venditor prædia, quæ dixtraxerat uſque dum prædium acciperet, eſſe pignori ſibi obligata pepigerit, nec ſtrictæ poſſeſſionis, ac per conſequens nec dominii tranſlatio in emptorem facta per brevis manus fictionem poteſt intelligi. Quatenus autem pignoris pactum non venditionis, ſed traditionis tempore adjectum aſſeverat, ut veram continet doctrinam, & utriuſque textus verbis valde congruit, quamvis meo quidem judicio de pignoris etiam pacto poſt venditionem & ante traditionem interpoſito intelligi Ulpiani & Pauli ſententia poſſit. Diſcriminis autem ratio propter quam multum intereſt, an venditionis, an traditionis, vel medio tempore adjiciatur, non tam ex minoris emptoris, quam ex majoris venditoris, qui nec aliter diſtracturus prædia fuiſſet voluntate dimanat, & cum minoris reſpectu neceſſariam cauſam contineat, reſolutivi pacti exemplo obnoxium alienationis prohibitioni non eſt; at ubi poſt perfectam venditionem traditionis, vel medio tempore apponitur voluntarium omnino reſpectu minoris eſt, qui cum perſonalem ex empto actionem ſine ullo pignoris pacto jam acquiſiiſſet propria voluntate quæ emerat prædia pignori venditori obligare inconſulto Prætore non poteſt argum. textus in dict. l. 2. C. ſi adverſ. donationem & in dict. l. 7. C. de præd. minor. Et ſi de facto prædia pignori venditori obligaverit imperiali beneficio opus eſt, ut inutile ab initio pignus ex reſcripto poſtea confirmetur, nec Prætoris decretum ſufficit, utpote quod non ſequi, ſed præcedere alienationem aut pignoris obligationem debet, ut colligitur ex dict. l. 5. §. non paſſim 9. cum ſeq. & §. ne tamen 13. hoc tit. ad imperialis beneficii diſcrimen, quod non modo præcedere, ſed ſequi ſeu confirmare alienationem ſeu pignoris obligationem poteſt juxta textum ſic intelligendum in leg. 2. quando decreto opus non eſt, ut prævidit in hoc ſulum felix circa utriuſque textus in dict. l. 1. §. ult. & in dict. l. 2. hoc tit. expoſitionem Faber dict. tit. 13. de tut. prin. 8. illat. 55. Hinc obiter infero ideo arrogati minoris bona omnino ac per conſequens, ea etiam quæ alienari prohibentur in arrogatorem ſine Prætoris decreto transferri juxta generalem regulam textus in leg. ſi paterfamilias 15. in prin. de adopt. dict. l. 11. §. ult. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab. dict. §. 1. de acquiſit. per arrogat. quia arrogatio per principale reſcriptum expeditur §. 1. de adopt. juncto Fabro in Papin. tit. 10. prin. 1. illat. 9. quod ad Prætoris decreti differentiam, etiam citra alieni cauſam poteſt validam alienationem conſtituere dict. l. 2. quando decreto opus non eſt.

16 Tertiò & ultimò orationis verbis expreſſum ſignanter eſt, ut ſi minor fundum cum majori communem habuerit, major minorem ſocium ad diviſionem provocare rectè poſſit dict. l. 1. §. 2. verſ. ſi communis hoc tit. l. inter omnes 17. C. de præd. min. argum. textus in leg. cum in fundo 78. §. ſi fundus 4. de jur. dot. l. 2. C. de fund. dot. & textus ſic intelligendi in leg. jubemus 14. in prin. verſ. ſed etiam ea C. de ſacroſ. Eccleſ. nam quæ communi dividundo judicio contingit alienatio, ſive integer fundus majori ſocio adjudicatus, ſive inter majorem & minorem fuerit diviſus neceſſaria omnino reſpectu provocari minoris eſt, textus elegans in leg. & ideo 12. de condict. furt. (quem eleganter explicat D. Nicolaus. Fer. de Caſtro in prælect. ad text in dict. l. 2. C. de fund. dot. num. 18. qui & conſulendus erit num. 11. cum duobus ſeqq. pro integra explicatione textus in dict. l. 78. §. 4. de jur. dot.) & abſurdum ſanè eſſet, majorem ſocium cum communione manere compelli uſque dum minor legitimam ætatem impleret l. ult. C. commun. divid juncta vulg ratione textus in leg. 77. §. dulciſſimis 20. de legat. 2. Faber dict. tit. 13. prin. 8. illat. 61. Arias de Meſa lib. 3. var. cap. 18. ſed tunc graviter obſtat ad rem non animadverſus textus in leg. ex Caſtrenſi 18. §. itaque 2. in fine de caſtr. pecul. ubi patet, qui licet caſtrenſis filii familias peculii Dominus alienandi, ſeu diſponendi facultatis eſt expers, quemadmodum ſocium ad diviſionem prædii caſtrenſis puculii cum alio communis provocare non poteſt, ſic nec à ſocio jure provocatur ad diviſionem, ergo nec minor qui majorem ſocium communis fundi diviſionem provocare ipſe non poteſt ut dixi anteriori cap num. 35. à majoris ſocio ad diviſionem rectè provocabitur. Reſpondendum nunc exiſtimo, ideo patrem ad diviſionem prædii caſtrenſis peculii cum alio communis non jure provocari, quia omnimodo alienandi facultate deſtituitur, nec circa caſtrenſis peculii res actiones exercere, vel excipere proprio nomine poteſt, & in ſumma prædii exemplo, nec ejus peculii adminiſtrationem obtinet, ſolumque poteſt, vel prædiis ſervitutis acquirere, vel prædia ſervitutibus liberare dict. l. 18. §. ſervos 3. cum duobus ſeqq. ex contrario autem tutores aut curatores liberam adminiſtrationem habere, & circa minorum res actiones exercere, vel excipere non prohiberi, & ad communis prædii diviſionem, quæ tunc neceſſaria alienatio eſt à majori ſociu jure provocari.

Hanc autem orationis partem ita procedere 17
In dict. l. 5. §. ult. hoc tit. Ulpianus admonuit ſi prædium inter minorem & majorem pro indiviſo commune ſit, alioquin ſi commune pro diviſo ſit oratione ceſſante, decreto opus eſſe reſpondit. Quod ſic non intelligatis quaſi tunc ad diviſionem decretum exigatur, nec enim diviſionis ſunt termini, imo prædium, quod pro diviſo commune eſt. propriè & rigoroſè commune dici non poteſt, cum quælibet pars prædii ſeparata & diviſa ſeparatarum prædium conſtituat l. ſi quis 6. §. 1. verſ. planè commun. prædior. l. planè 34. §. alt. de legat. 1. l. rectè dicimus 25. §. 1. de verb. ſign. Sed ſic potius ut diviſæ & ſeparatæ prædii partis alienatio expediri ſine Prætoris decreto non poſſit. Sed & quod idem Ulpianus in leg. ſed ſi fortè 6. hoc tit. ſi forſan alter fundi proprietatem, alter

Digitized by Google

uſumſiuctom obtineat, hanc ipſam orationis partem ceſſare reſpoodet, quæ de diviſione loquitur, nou ſic erit accipiendum quaſi tunc ad diviſionem decreto opus ſit, cujus nulli profectò ſunt termini, ubi nulla communio eſt, prout contingit ubi alius proprietatem habet, alius uſumſructum inter quos communis fundus non eſt, cum uſusfructus non dominii pars, ſed à dominio ſeparata ſervitus ſit *dict. l. 25. in prin. de verb. ſignif.* pro cujus conciliatione *cum l. 4. de uſuf. l. in venditione* 8. *de reb. autor. jud. poſſid. & aliis jurib.* vide Galvanum *de uſufruct. cap. 26. ex num. 3. uſque ad fin.* Sed ita intelligendum, ut ſive minor nudam fundi proprietatem, ſive ſolum ejus uſumfructum obtineat, nec proprietatem nec uſumfructum alienare ſine Prætoris poſſit decreto, prout expreſſius conſultatione ipſe docuerat *in leg. 3. §. 5. hoc tit.* quem textum ſatis jam expoſui *præcedenti cap. num.* 40. & 41. Et tandem ut hanc orationis partem Ulpianus penitus exploret *in leg. qui nec tutores* 8. §. *ult. hoc tit.* communia pro indiviſo prædia ſine decreto pignori obligari non poſſe ſubjecit, nam quod excepit oratio ad hoc tantum pertinet, ut majori provocanti ſocio, communio perimatur, non augeatur difficultas communionis, quæ augeretur omnino per prædii communis obligationem. Qusm deciſivam rationem ab interpretibus prætermiſſam ſic explico; ſocius qui alienare prohibitus non eſt, partem quidem ſuam quam habet in communi prædio pro indiviſo, poteſt etiam ſine alterius ſocii conſenſu pignori creditori obligare *l. 2. C. comm. divid. l. un. C. ſi comm. res pignor.* juncta regula textus *in l. nemo* 68. *pro ſocio*, & pignus quod in diviſa parte conſiſtit ab initio, etſi poſtea diviſione facta unicuique ex dominis certa fuerit pars adjudicata, in indiviſa adhuc parte retinetur, ita ut dimidia pars pro indiviſo utriuſque partis diviſæ, quæ unicuique obvenerit pignoris vinculo teneatur *l. ſi quis* 6. §. *ſi fundus* 8. *comm. divid. l. ſi conſenſit* 7. §. *ult. quib. mod. pign. &c. dict. l.* 2 *comm divid.* juncta vulgari ratione textus *in leg. juſto* 44. §. *non mutat.* 5. *de verb. ſignif.* Cujac. *lib.* 11. *reſponſ. Papin. l.* 3. §. *ult. qui potiores &c.* Bachovius *lib.* 3. *de pignoribus cap.* 2. ut latius dixi *in comment. ad tit. C. ſi res aliena pignor. cap.* 1. *num.* 47. *cum tribus ſequentib.* Unde per communis prædii ab uno ex ſociis factam obligationem difficultas augetur communionis, nam ſocius alter ante extinctum pignoris vinculum veroſimiliter ad diviſionem provocare non audebit, ne aſſignatæ ſibi partis dimidiam pro indiviſo partem pignori obligatam accipiat. Hinc præſens orationis pars, dum majori ſocio minorem ad communis fundi diviſionem provocare permiſit, id egerit ut communionem perimeret, ideſt nu major ſocius in communione perſeverare cogeretur, commuois prædii obligationem, per quam difficultas augeretur communionis, dum in ea ſocius cauſativè ſaltem manere cogeretur, minori ſocio permiſſivè cenſenda non eſt, præcipuè cum communis prædii obligatio voluntariæ & ſic interdictæ ſit alienationis ſpecies ad diviſionis differentiam, quæ majori provocanti ſocio neceſſaria reſpectu minoris eſt, & idcirco ab alienationis prohibitione ipſius orationis verbis ſubducitur.

Cum igitur orationis verba ut huc uſque 18
vidiſtis quaſdam neceſſariæ alienationis ſpecies à prohibitione nominatim exceperint, receptum per conſultorum interpretationem generaliter ex orationis ſententia fuit, ut neceſſaria quælibet alienatio etiam inconſulto Prætore poſſet expediri, nec ſine exemplo ſane, nam generaliter in jure noſtro neceſſaria alienatio in alienationis prohibitione non comprebaoditur *leg. alienationes* 13. *fam. erciſc. leg.* 1. *in prin. de fund dot. leg. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *verſ. ſed hæc de legat.* 1. *l. cum fidei* 9. *de fideicom. libert. cum ſimilib.* pro quarum explicatione & conciliatione *cum leg. rogo* 21. *eod. tit. adeundi lib.* 3. *illuſtr tract.* 6. *cap. ult. per tot.* Aſſim. *in leg.* 2. *C. de uſucap. pro emptor. ex num.* 88. & cum pluribus Arias de Meſa *lib.* 3. *var. cap.* 26. *per tot.* & præcipuè *ex num.* 8. quibus adeundus plurimos referens conſulendus omuino pru perfecta intelligentia textus *in dict. l.* 114. *de legat.* 1. *verſ. ſed & hæc.* illuſtr. Ramos *lib.* 1. *ad leg. Jul. & Pap. cap.* 10. *ex num.* 2. Permiſſæ vero neceſſariæ alienationis in noſtris ternis extant exempla inferius opportuniori loco exponenda *in dict. l.* 3. §. 1. *hoc tit. cum ſimilibus*, ſed & duo alia *in eadem l.* 3. §. *item quæri* 2. *cum ſeq.* Ulpianus ſuppeditat quæ nunc breviter explicabo. Primum & difficilius illud, ſi eum tutor pupillarem fundum vindicationis judicio petierit, reus litis æſtimationem obtulerit, hæc enim alienatio quam litis producit æſtimatio *l. ejus rei* 46. *de rei vind. l.* 1. & 2. *cum ſeq. pro emptore* cum neceſſaria ſit, nec ex tutoris voluntate deſcendat, rectè ſinè prætoris decreto procedit: Sed dices, alienatio ex litis æſtimatione producta voluntaria omnino reſpectu tutoris eſt, ergo procedere ſine Prætoris decreto nou poteſt. Antecedens probatur: reus pupillarem fundum poſſidens, etſi maximè contumax exiſtat, eum tutori reſtituere cogi poteſt, cum à contumaci reo poſſeſſio manu militari officio judicis auferatur, & in actorem transferatur *l. qui reſtituere* 68. *de rei vind.* Ergo dum tutor à poſſeſſore litis æſtimationem accipit non ex neceſſitate, ſed imo ex voluntate, & ſic adverſùs Severum pupillarem fundum alienat. Prævidit difficultatem Goffredus *in dict. l.* 3. §. 2. quam ut tacitè diluat, ſupponendum in eo textu exiſtimat nedum ſua culpa poſſidere fundum deſiiſſe, & ea ratione litis æſtimationem, quæ neceſſariæ eſt alienationis ſpecies à tutore accipi ſine Prætoris decreto potuiſſe. Quæ Goffredi ſolutio ex eo facilè impugnatur, quod etſi reus vindicationis judicio conventus culpa ſua poſſidere pupillarem fundum deſiiſſet, adhuc tamen ex litis æſtimatione producta alienatio voluntaria reſpectu tutoris eſſet, qui litis æſtimatione non accepta à quolibet alio poſſeſſore vindicare fundum potuiſſet. Sed nec magis Faber audiendus qui *dict. tit.* 13. *prin.* 7. *illat.* 83. ex eo textu confirmari exiſtimat deſperatam opinionem, quam Ulpian. emendans *in dict. l.* 68. *de rei vind.* tenuerat 16. *conject. cap.* 17. & cui dexterè occurrit D. Larreateg. *lib.* 3. *ſelect. cap.* 1. *per tot.* Quare dicendum potius cenſeo ſententiam textus *in dict. l.* 3. §. 2 *hoc tit.* ita procedere, ſi judex reum qui pu-

pillatem fundum poſſidebat, & reſtituere juſſus per contumaciam non reſtituit, ſtatim condemnaſſet, quam tutor in litem juraſſet: quoties enim reus per contumaciam rem quam poſſidebat non reſtituit, in arbitriu judicis eſt, vel ab eo militari manu poſſeſſionem auferre, & in actorem transferre, vel ejus contumaciam juramento in litem actori delato compeſcere *ex dict. l. 68. de rei vind. l. 1. & 2. §. 1. l. tutor. 8. de in lit. jur.* Docet Larreateg. *cap. 10. num. 1.* & licet tutor in litem jurare cogi non poſſit ex ratione textus *in leg. videamus 4. in prin. & §. 1. eod. tit.* Si tamen juraverit & litis poſtea æſtimationem acceperit, fundi alienatio etiam ſine Prætoris decreto jure ſubſiſtit, utpotè quæ non ex tutoris voluntate ſed ex judicis præcepto poſſeſſoris contumaciam coercente neceſſariam originem trahit.

19 Secundun exemplum ab Ulpiano ſubjectum eſt, ſi cum fundus qui reverà pupilli eſſet ab alio vindicationis judicio peteretur, contra pupillum judex pronunciaverit, quo caſu etiam ſine Prætoris decreto propter rei judicatæ autoritatem neceſſariam alienationem ſubſiſtere Conſultus decidit. Hujus textus occaſione diſputat ſubtilis Gottoffredus *in ejus commentario ex num. 2.* utrum res judicata ſive in reali, ſive in perſonali actione juſtus transferendi dominii ſit titulus, quia cum in hunc Goffredi locum non dum incidiſſem, ex profeſſo diſcuſſi *in Academia de uſucap. cap. 3. num. 13. cum tribus ſeqq.* & ex his quæ pro ejus reſolotione tunc dixi, illud nunc ad rem noſtram conducit, quod ſcilicet ſententia condemnatoria in actione reali prolata, etiam reſtitutione ſecuta, dominium quidem in actorem non transfert argumento textus *in leg. 3. §. ſubtilius 8. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecuta l. cum ſolus 29. de uſucap.* Verum ex rei judicatæ cauſa facta reſtitutio alienationis ſpecies eſt, quatenus poſſeſſionem in actorem transfert qui dominium ſi quando ab eo rem vindicare voluerit, rei judicatæ exceptione ſubmovebit. quo ſenſu Ulpianus *in dict. l. 3. §. 3.* pupillaris fundi à tutore ex rei judicatæ cauſa factam reſtitutionem appellavit ut advertit Anton. Fab. *de error. pragmat. decad. 98. error. 9.* quæ tanquam ex re judicata, & ſic ſine tutoris conſenſu præcedens *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Prætoris decretum non deſiderat.

20 Ex his omnibus in celeberrimam quæſtionem incidimus utrum ſcilicet eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, res alienare ſine decreto prohibitæ uſucapionem recipiant? & quidem pro affirmativa opinione cui ſubſcribunt Benedict. Pinell. *lib. 1. ſelectl. cap. 17. ex num. 19.* Aillim. *ad l. 2. C. de uſucap. pro emptore ex n. 103.* & alios referens D. Retes *ad l. 1. ex quibus prohibita eſt uſucapio ex num. 31. uſque ad 42.* ſequentia faciunt: in alienationis prohibitione ut latè hactenus diximus, neceſſaria alienatio non comprehenditur, ſed uſucapio etſi alienationis ſpecies ſit, non ratione dominii, ſed legis dominium transferentis, textus ſic intelligendus *in leg. alienationis 28. de verb. ſignif. junct. l. qui alienam 33. de mort. cauſ. donat.* non voluntaria ſed imo eſt alienatio neceſſaria *l. deperditum 21. §. ult. l. præcedentis de petitione hered. l. ſed etſi 14. fam. erciſ. l. mulier 22. §. ſed enim 3. in fine l. ded..a 58. §. cum autem 6.* junctu ibi Cujacio *lib. 9. reſponſ. Papin. ad Trebell.* (quamvis ex interpretativa voluntate, quæ ſola juris cenſura contra Domini conſenſum inducitur, deſcendere nonnunquam dicatur in ſic accipiendis juribus *in l. 1. §. quod ſi in lite 7. ſi quid in fraud. patroni l. 3. §. 1. cum l. ſeq. quæ in fraud. credit. dict. l. 28. de verb. ſign.* ut latius expoſui *in Academ. de uſucap. cap. 1. num. 5. & 6.*) ergo nec in Severi nec in Conſtantini prohibitione comprehenditur. Expendunt præterea hujus opinionis aſſertores in ejus confirmationem textus in quibus jam eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, nec indiſtinctè uſucapionem recipere, jam minoribus adverſus rerum ſuarum impletam ab aliis uſucapionem in integrum reſtitutionis auxilium, quod utilem uſucapionem ſupponit, concedi oportere deciditur *in leg. etiam 45. de minor l. ſed etſi 7. §. Marcellus 2. & §. ſi à minore 4. de publician. l. 2. §. ſi à pupillo 15 cum ſeq. pro emptore l. 4. §. ſi quis non tutor. 24. de dol. mal. except. l. tutor. 33. de furt. l. un. C. ſi adverſ. uſucap. l. 3. C. quibus non objicitur longi temporis præſcriptio.* Ex contrario vero Cujacius *lib. 24. obſerv. cap. 14.* immobiles quidem pupillorum res uſucapionem effugere, mobiles vero uſucapionem recipere exiſtimat, de mobilibus accipiens textus *in leg. 4. §. 11. de uſucap. cum ſimilibus* & de immobilibus *in leg. bonæ fidei 48. verſ. nec intereſt de acquir. rer. domin.* adoleſcentis autem res omnes ſive mobiles, ſive immobiles uſucapionem admittere cenſet, non tamen cum effectu propter in integrum reſtitutionis auxilium. Duarenus autem *ad titulum C. ſi adverſus uſucap.* & cum aliis Narbona *de ætate anno 25. quæſt. 23. per totam.* pupillorum res indiſtinctè uſucapionem effugere juxta textum quem ſic intelligunt *in dict. l. 48. de acquir. rer. dom.* & adoleſcentium res omnes uſucapionem recipere contendunt, & in his terminis accipiendos textus *in dict. l. 7. §. 4 de public. dict. l. un. C. ſi adverſ. uſucapion.* & ſimiles alios qui de permiſſa rerum minoris uſucapione loquuntur.

Nulla tamen ex his opinionibus placet imo Donelli ſententiam præfero qui *lib. 5. comment. cap. 23.* eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari ſine decreto prohibitas indiſtinctè uſucapionem non admittere affirmat, quam ut fundem, quod Donellus non præſtitit, non quidem expendam textum *in leg. 3. C. de autor. præſt. & in leg. ult. C. de uſucap. pro empt.* Nam reſpondebunt, & merito adverſarii, eum qui à pupillo emit ſine tutoris autoritate, non ideo uſucapere non poſſe, quod vitium detur ex parte rei pupillaris, ſed quia & juſto titulo & bona fide deſtituitur, ſine quibus nunquam uſucapionem procedere nullus ignorat; eos itaque dumtaxat afferam, à quibus ſe expedire non poſſint adverſarii. Et primo expendo textum *in leg. cum ſporſus 12. §. ſi res 4. de public.* ubi ſi res talis ſit ut eam lex, aut conſtitutio alienari prohibeat, publicianam ideo non competere Paulus aſſerit: *quia his caſibus neminem Prætor tuetur ne contra leges faciat*, in alienationis igitur prohibitione ſive ex legis; ſive ex principalis conſtitutionis poteſtate deſcendat, etiam uſucapio comprehenditur, ac 21

per conſequens eorum qui ſub tutela vel curæ ſunt res alienari prohibitæ indiſtinctè uſucapionem effugiunt. Si dicas cum prioris opinionis ex anteriori numero relatis autoribus eam dumtaxat alienationis prohibitionem uſucapionem impedire, quæ omnimoda eſt, & in his terminis accipiendam generalem Pauli Sententiam *in dict. l.* 12. §. 4. alienationis autem prohibitionem quæ ex Severi oratione & Conſtantini conſtitutione deſcendit omnimodam, ſeu abſolutam non eſſe, imo in pluribus caſibus conquieſcere, & uſucapionem idcirco non impedire. Hæc evaſio præterquam quod nec aliqua Conſultorum deciſione, nec juris ratione, quam aſſequi potuerim fulcitur; ex eo evidenter convincitur, quod lex Julia non abſolutè & omnimodò dotalis prædii alienationem interdixit, quam imò conſentiente uxore, vel ſi ex neceſſaria cauſa deſcenderet permiſit, *dict. l.* 1. *in prin. de fundo dot. prin. inſtit. quib. alien. licet.* Et tamen in legis Juliæ prohibitione dotalis prædii uſucapionem contineri certum eſt *dict. l.* 5. Expreſſior textus *in leg. ſi fundum* 16. *verſ. nam licet Julia lex de fund. dot.* juncto Retes *ad leges ex quibus prohibita eſt uſucapio num.* 26. *cum quatuor ſeqq.* ergo etſi abſoluta ſeu omnimoda non ſit, alienationis prohibitio ex Severi oratione aut Conſtantini conſtitutione deſcendens uſucapionem omnimodò comprehendit, & generalis Pauli Sententia *in dict. leg.* 12. §. 4. in quacumque alienationis prohibitione procedit. Secundò expendo textum *in leg. ſi communem* 10. *quemadmod ſervit. amitt.* ubi ſi communem fundum cum majori pupillus habuerit, licet uterque debita communi ruſtico prædio ſervitute uſus per conſtitutum tempus non fuerit, propter pupillum tamen ætate etiam minorem ſervitutem amittere per non uſum non poſſit, nec ruſtici prædii dominium minori poterit per uſucapionem ab altero adimpletam auferri. De ruſtica autem ſervitute nominatim ideo Paulus pertractat, quia Severi oratio ad urbanas ſervitutes non magis quam ad urbana prædia pertinuit, quin contrarium deſumi poſſit *ex l. altius* 15. *ſi ſervit. vindic.* quem noviter expoſui *ſuper cap.* 1. *num.* 42. omiſſis quæ tradit Retes ubi ſupra *num.* 32. Ejuſdem ponderationis eſt textus in *dict. l.* 3. §. *nec uſusfructus* 5. *verſ. an ergo hoc tit.* quem explicui *præcedenti cap. num.* 41.

12 Tertio expreſſus textus *in dict. l.* 48. *in prin. de acquir. rer. domin.* ubi Paulus pupillarem fundum (de quo eum loqui conſtat, tum quia de induſtrialium & naturalium fructuum acquiſitione pertractat, tum quia de longi temporis præſcriptione diſputat, quæ ejus ſæculo in Provincialibus præcipuè prædiis locum habuit *l. un. de uſucap. transform.* ad quæ non minus quam ad Italica Severi orationem ſpectaſſe oſtendi *num.* 41.) inter eas res enumerat quæ uſucapionem effugiunt. Nec audiendus Aſſim. qui ubi ſupra *num.* 14. *tit.* 1. reſpondet Paulum *in dict. l.* 48. de pupillari fundo injuſtè alienato tractare, ut ex eo ſuadetur, quod vi poſſeſſum fundum cum pupillari conjungit, qui ex juſti tituli defectu uſucapionem non recipit. Secundò ex eo textu potius evinci pupillarem fundum uſucapionem recipere; ait enim Paulus nihil circa fructuum acquiſitionem intereſſe, an fundus uſucapionem recipiat vel non, & ſtatim exempla ſubjungit, quæ ut commodius accipiantur, debent ad utrumque regulæ caſum referri, quaſi dicat Conſultus: nihil intereſt an fundus uſucapionem admittat, veluti ſi pupilli ſit, aut non recipiat veluti ſibi poſſeſſus ſit. Nam prior ſolutio & ex integra textus ſententia refellitur, in qua Paulus de eo bonæ fidei poſſeſſore diſputat, qui naturales non minus quam induſtriales fructus lucratur, ergo de pupillari fundo juſto titulo alienato pertractat; alioquin ſi injuſta fuiſſet alienatio bonæ fidei poſſeſſor juſto titulo deſtitutus induſtriales duntaxat non etiam naturales fructus acquireret juxta textum ſic intelligendum & *cum dict. l.* 48. conciliandum *in l. fructus* 45. *de uſuris.* in veriori ſententia quam cum aliis tuentur Arnold. Vinnius *in* §. *ſi quis* 35. *de rer. diviſ. num.* 9. & Galvanus *de uſufructu cap.* 28. *num.* 14. ex pupillaris & poſſeſſi vi fundi æquiparatione, præterea convincitur, quam ſic adverſus Aſſim retorqueo: vi poſſeſſus fundus etſi maximè bona fide & juſto titulo poſſideatur, uſucapionem non recipit §. *furtiva* 2. *cum ſeq. de uſucap. juncta l. ubi lex* 24. *eod. tit.* ut ergo teneat æquiparatio pupillarem fundum juſto titulo & bona fide poſſeſſum ſupponi opus eſt, quæ propter Severi orationem uſucapionem non admittere Paulus decidit: minori ſanè opera ſecunda ſolutio impugnatur, nam cum regulariter res quælibet uſucapionem recipiant exceptis his, quarum uſucapio nominatim prohibita reperitur, non niſi fruſtra & inepte fere earum rerum, quæ uſucapionem recipiunt Paulus exemplum ſubjeciſſet, pupillaris igitur fundus non minus quam vi poſſeſſus, aut Præſidi contra legem Juliam repetundarum donatus inter eas res à Paulò ſine dubio recenſentur, quæ propter legalem interdictionem uſucapionem effugiunt. Sed nec ſuſtinenda magis altera D. Retes ſolutio, qui ubi ſupra *num.* 33. exiſtimat eorum pupillorum res qui ſub tutela legitima fuiſſent, uſucapi olim non potuiſſe, & ſic exaudiendum Paulum *in dict. l.* 48. eorum qui ſub teſtamentaria vel dativa tutela fuiſſent, res omnes uſucapionem admiſiſſe, quia de legitimis tutoribus, quibus ſine delectu tutela defertur non æque, ac de teſtamentariis aut dativis, quorum fidem & diligentiam vel paternus amor, vel magiſtratùs cura confirmat: Quam novam diſtinctionem expreſſo Ciceronis teſtimonio niti contendit, qui *lib.* 1. *Epiſtol. ad Atticum epiſt* 5. inter alia ſic ait: *de Tadiana re mecum Tadius locutus eſt, te ita ſcripſiſſe, nihil eſſe jam quod laboraretur, quoniam hæreditas uſucapta eſſet, id mirabamur te ignoraſſe de tutela legitima in qua dicitur eſſe Puella nihil uſucapi poſſe*; quem locum ſic expendit: legitimæ tutelæ ſignanter Cicero meminiſſet, ſi abſolutè pupillorum res qui ſub quacumque tutela fuiſſent, uſucapionem non recepiſſent? Rurſus de legitima tutela uſucapi nihil poſſe Cicerò ſcribit, ergo nec mobiles, nec immobiles eorum pupillorum res qui ſub legitima tutela exiſtunt, uſucapionem admittunt, ac proindè generalis hæc uſucapionis prohibitio non ex Severi oratione, ſed ex alio jure deſcendit. Verum nec ſuſtinenda hujuſmodi ſolutio eſt, ut dicebam, nam etſi me non lateat de legitimis, non æquè ac de teſtamentariis, aut ex inquiſitione datis tutoribus legem confidere, ut præter vulgatem huic inter eos emanantem diffe-

Digitized by Google

rentiam quæ extat *in prin. inſtit. de ſatiſdat. tutor. cum ſimilibus.* Mihi probat inſignis altera minuſque nota, quæ ex eadem ratione priſco jure ortum habuit differentia, ut colligitur *ex l. ult. C. de autor. præſt.* Joncto Fabro *dict. tit. r 3. de tutel. prin. 3. illat.* 2. Quoad uſucapionis tamen cauſam inter legitimam & teſtamentariam aut dativam tutelam nihil interfuiſſe non dubito, nec enim perſuaderi poſſum inſignis ita differentiæ, ſi quæ in uſu Conſultorum tempore fuiſſet, nec minimum quidem veſtigium in Pandectis relictom iri. Nec eam Ciceronis locos confirmat, qui de legitima tutela nihil oſocapi poſſe ideo in familiari illa epiſtola ſcripſit, quia ot ex ejus verbis apparet, puella de cujus rerum uſocapione quæſtio erat in legitima tutela exiſtere dicebatur, verum idem profecto reſpondiſſet, etſi in teſtamentaria vel dativa tutela puella eſſe proponeretur; & quod nec mobiles quidem res uſucapionem recipere ſcribit, accipiendum ita eſt, ſi poſſeſſor vel juſto titulo, vel bona fide caruerit, ut *in dict. l. 3. C. de autor. præſt.* Quarto & ultimo inevitabiles expeudo textus *in l. 1. & ult. C. ſi quis ignorans rem. min. eſſe decret. comp.ar.* ubi qui à tutoris hærede, vel ab eo qui contra Severi orationem fundus donatus fuerat, bona fide minoris fundum comparavit, dominiom non aliter per uſucapionem acquirit, quam ſi poſtquam minor, idemque Dominus ad legitimam ætatem pervenerit, eum per ſtatutum tempus poſſederit; in quibus etiam terminis intelligendus eſt textus *in l. 3. C. eod tit.* ergo minoris fundus etſi juſto titulo & bona fide poſſideatur, uſucapiouem non recipit, alioqui in ſuperioribus caſibus etiam ante legitimam ætatem impletam minoris fundus poſſet bonæ fidei poſſeſſori per uſucapionem acquiri.

23 Nec tunc pro affirmativa contraria opinione expenſa *n.* 20. juris ratio refragatur, nam ſtat uſucapionem eſſe neceſſariæ alienationis ſpeciem, & in Severi prohibitione comprehendi; cum enim uratio quaſdam neceſſariæ alienationis ſpecies ab interdictione nominatim exceperit, illæ dumtaxat ex non expreſſis per Conſultorum interpretationem fuerunt exceptæ, quæ expreſſis ſimiles ſunt, ſeu in quibus rationis ideuritas orationis extentiones efflagitat; profecto vero orationis verbis expreſſis, neceſſariæ alienationis ſpeciebus abſimilis omnino uſucapio eſt, exceptæ nimirum neceſſariæ alienationis ſpecies comperiuntur quæ vel ad paterni contractus impedimentum & executionem ſpectant, vel ad diviſionem majori provocante ſocio per judicis officium contingunt, quarum ioſtar & ſimiles alias, quæ vel ex teſtatoris voluntate, aut conttactu, vel ex donantis aut venditoris volontate deſcendunt, vel denique ex judicis præcepto procedunt propter rationis idemtitatem ex orationis mente à prohibitione per Conſultorum interpretationem exceptas hucuſque diximus, ut per ſingulas diſcurrenti conſtabit; eum igitur uſucapio nec paterni contractus implementum aut executionem contineat, nec ex judicis præcepto deſcendat, quamvis neceſſariæ ſit alienationis ſpecies ſive orationis verba, ſive ejus mentem intueamur, non poreſt non in prohibitione comprehendi, quemadmodum & ex eadem ratione quia lex Julia quæ ex Magiſtratus decreto procederet, dotalis prædii neceſſariam alienationem permiſit *dict. l. 1. de fund. dot* quæ ad diviſionem provocante ſocio per judicis ufficium neceſſaria expeditur alienatio, permiſſa quidem ex ejus mente cenſeatur *dict. l. 2. C. eod. tit.* uſucapio tamen propter rationis diverſitatem in legis Juliæ prohibitione comprehenditur *dict. leg. 16. eod. tit.* Nec magis obſtant textus *dicto num.* 20. pro eadem opinione adducti. Nam omiſſa ſolutione Santolariæ *interpret. 21. num. 4.* quæ ex dictis *præcedenti capite num.* 38. convinci facile poterit, reſpondeo *in dict. l. 4. §. 11. de uſucap. & in dict. l. 33. de furt.* de mobilibus popillorum rebus Conſultos expreſſim, quæ ſolæ poſſunt furtivitatis vitio, de quo ibi quæſtio, affici, *l. quam rem 38. de uſucap.* & reliquos alios textus qui ſimpliciter de minorum rerum permiſſa uſucapione loqountur in habilibus earum rerum termiois exaodiendos quæ comprehensæ in alienationis prohibitione non ſunt, quos Conſulti & Imperatores ſuppoſueront, non expreſſeront, quia ſuppoſita capacitate ex parte rerũ, quæſtiones alias circa uſucapionem exagitabaut argumento eorum quæ dixi ſupra *num.* 21. ex quibus exponitur facile textus *in l. 2. C. pro emptore*, ubi minorum ſervi, quos propter perfectæ ætatis petitiam alienari eorum parens prohibuit uſucapionem effugiunt, niſi ergo paterna foret prohibitio minorum ſervi uſucapio eo jure potuiſſent tanquam in Severi oratione, quæ & Alexandri ejus textos autoris tempore floruit, non comprehenſi.

Sed adhoc noſtræ ſententiæ opponi videtur textus in *dict. l. 3. §. 5. vers. an ergo quinto hoc tit.* ubi docet Ulpian. ruſtici prædii oſumfructum per non uſum pupillum non amittere, ſi tutor cauſam præbuerit ejus rei, ſentit ergo quod ſi tutor cauſam non præbuerit, veluti ſi ignorans fuerit, uſumfructum per non uſum pupillus amittit, quia hujuſmodi alienationis ſpecies non voluntaria ſed neceſſaria reſpectu tutoris eſt, igitur nec uſucapio, ignorante tutore contingens, quæ ejus reſpectu neceſſariæ alienationis ſpecies, debet in Severi prohibitione comprehendi. Reſpondendum tamen arbitror, ex eo quod Ulpianus ſcribit uſumfructum per non oſum pupillum non amittere, ſi tutor cauſam præbuerit hujus rei potius evinci, quod ſi turor cauſam non præbuerit, veluti ſi ignorans fortiori ratione oſumfructum per non oſum pupillus non amittit, nam longe majus experiretur præjudicium ſi ignorante, quam ſi ſciente, & cauſam præbente turore, uſumfructum amitteret, ſcientem ſcilicet & cauſam præbentem tutorem eo nomine poſſet tutelæ judicio convenire, & ab eo quod ſua non amiſſum uſumfructum intereſſet conſequi. Adverſus tutorem autem, qui joſta ignoraoria lapſus uſus per ſtatutum tempus non fuiſſet, eo nomine non niſi fruſtra tutelæ judicio experiretur, cum igitur Ulpianus in difficiliori ſcientis & cauſam præbentis tutoris caſu, in quo propter regreſſum, quem adverſus tutorem pupillus haberet, major longè dubitandi ratio erat, uſumfructum per non uſum amittere pupillum noo poſſe decidat, hoc ipſum in faciliori ignorantis tutoris caſu, in qoo propter majus pupilli diſpendium miuor dubitandi ratio adeſt per ſuppoſitionem decidiſſe cenſendus eſt, & ex eadem ratione uſucapio ſive ſciente, ſive ignorante tutore contingens debet in Severi probibitione comprehendi. Difficilior profecto eſt textus in *l. ſi tu-*

teris

Digitized by Google

toris 23. *C. de admin. tutor.* deſumptus *ex l.* 3.*C. Theod. eod. tit.* ubi ſi propter annuum canonem tutoris aot curatoris culpa dolo noit ſolutum emphiteutici prædii minor dominium amiſerit ex tutoris ſubſtantia damnum, quod pupillo contingens reſarciri oportere Conſtantinus decernit, cum ergo minor propter canonem à tutore vel curatore non ſolutum emphiteutici prædii dominium amittat, ſimiliter & ſi tutor uſus per ſtatutum tempus non fuerit, uſumfructum amitter, ac per conſequens, & earum dominium, quæ alienari prohibentur à minore poterit per uſucapionem auferri. Omiſſis tamen quæ tradit Gotiofredus *in dict. l.* 3. cum Accurſio *in dict. l.* 23. reſponderi melius poteſt, quod etſi tutor vel curator in annui canonis aut tributorum ſolutione ceſſaverit, non tamen ideo mioor amittit dominium emphiteutici prædii, ſed apud eum dominio remanente tutor aut curatot propriæ negligentiæ, & decreti officii pœnas experitur & damna deplorare compellitur juxta expreſſam Conſtantini ſanctionem in *l.* 2.*C. de fund. pat. libr.* 11. Nec contrarium decidit idem Conſtantinus *in dict l.* 23. ubi quod ſupponit magis quam ſtatuit propter annum canonem tutoris aut curatoris culpa, vel dolo non ſolutum emphyteutici prædii dominium minorem poſſe amittere ita exaudiendum eſt, ſi cum tutor aut curator pecuniam vel alias minoris res occultaſſet, emphyteuticum prædium fiſci nomine ſolemniter fuerit diſtractum propter fiſcalis haſtæ fidem venditio jure ſubſiſtit *l. ult. C. ſi adverſ. fiſcum l. ult. C. de jur. & fid. arca fiſcal. lib.* 10. tutor autem aut curator amiſſi prædii damnum minoti reſarcire compellitur.

25 Rurſus alienationis prohibitio, ſive ex Severi oratione, ſive ex Cooſtantini conſtitutione dimanans inter vivos quidem locum habet, non autém in ultimis voluntatibus argum. textus *in l.* 8. §. *ſi heredem* 3. *de alien. jud. mutand.* poteſt namque minor ex quo decimum quartum annum impleverit teſtamentum condere, & in eo ruſtica prædia, & alias res in alienationis prohibitione contentas hæreditatis, legati, aut fideicommiſſi teſtamento relinquere *l.* 5. *qui teſtam. fac. poſſ.* Cum enim tam Severi oratio quam Conſtantini conſtitutio alienationem tutoribus aut curatotibus interdixerit ad ultimas voluntates earum verba non pertinent, in quibus tutotum aut curatorum autoritas intervenire nequit *l.* 1. §. 1. *de tut. & ration. diſtrah.* juncta vulg. regula *l. ita* 32. *de hered. inſtit.* Nec magis eatum mens aut ſententia ultimas complectitur voluntates, tum quia tota prohibitæ alienationis ratio quæ minorum commoda curat, dum eorum tuetur patrimonia, deficit omninò in ultimis voluntatibus, quarum diſpoſitio in id tempus confertur quo patrimonio teſtatoris non indigent, tum quia teſtamentaria diſpoſitio ex neceſſaria quodam modo cauſa proficiſcitur, & teſtatoris patrimonium quod ſecum adportare nequeunt, non tamen libenter donant, quam neceſſariò relinquunt *l.* 1. §. *hoc interdictum* 10 *de tab. exhib.* ut ad rem aliam eleganter aiebat Cujacius 19. *quæſt. Pap. in l. unum* 67. *de legat.* 2. Sed dices, viginti annis minor propter parvum judicium ex lege Ælia Sentia non aliter quam juſtâ cauſâ apud conſilium approbatâ manumittere poteſt in teſtamento ne his quidem ſervis quorum cauſam poteſt probare *l.* 3. *de manum. teſtam. l.* 4. §. *idem* 18. *de fideic. libert.* niſi forſan ſervum liberum & neceſſarium hæredem ſcribat, ſingularis textus *in leg. qui* 27. *de manumiſ. teſtam.* fideicom. cauſam iis tantum relinquit quorum cauſâ poſſit probare, quibus ante cauſam apud conſilium approbatam imponere libertatem hæres non compellitur *dict. l.* 4. §. 18. *Dig. de fideic. libert. l.* 5. *C. eod.* cujus inter directam & fideicommiſſariam libertatem differentiæ elegaotem rationem præſtat Faber *in Papin. prin.* 8. *tit.* 6. quamvis hæredis ſervo minor poſſit indiſtinctè fideicommiſſariam libertatem relinquere *l.* 34. §. 1. *de fideic. libert.* ubi ea ratio redditur, quia ſcilicet in propriis minoris ſervis, non in alienis lex Ælia Sentia locum habet, cum igitur legis Æliæ Sentiæ prohibitio ad teſtamentarias etiam manumiſſiones ſpectet, ſimiliter & noſtra alienationis prohibitio debet ad ultimas voluntates extendi. Ulterius quia lex Julia dotalis fundi alienationem prohibuit, quamvis ad mariti hæredem cum ſua cauſa dotalis fundus transferatur *dict. l.* 1. §. 1. *de fund. dot. l. quadam* 62. *de acquir. rer. dominio*, à marito tamen non niſi inutiliter legatur, ſingularis textus *in leg. dotalem* 56. *de teſtam. milit.* niſi forſan ab ipſa uxore hærede inſtituta legatus proponatur *l. dotale* 13. §. *fin. de fund. dot.* ergo & præſens alienationis prohibitio debet ad legata extendi.

26 Verum pro ſolutione inter legem Æliam Sentiam & noſtram prohibitionem id conſidero intereſſe, quod lex Ælia Sentia omnimodo minoris commodis, ſed vel maxime publicæ utilitati conſuluit, ne libertis & ſordidis hominibus Romana civitas repleretur, quæ ratio fuit ut in variis legibus manumittendi facultas impediretur, quæ ratio in teſtamentariis libertatibus quæ facilius relinquerentur fortius militat, quod utrumque obſervavit Vinnius *in* §. *fin. de libertinis &* §. *un. de lege Fuſia.* noſtra autem prohibitio ſolum minorum utilitatem concernit, ad teſtamentarias diſpoſitiones non pertinet, unde & minor hodie poſt novell. 119. *cap.* 2. ex quo decimum quartum annum compleverit in teſtamento tam directam quam fideicommiſſariam libertatem relinquere non prohibetur, quamvis ante vigeſimum quintum annum completum inter vivos manumittere nequear, non quidem ex lege Ælia Sentia, quæ poſt vigeſimum annum minori manumittere permittitur, ſed ex Conſtantini conſtitutione, quæ hoc ipſo quod ſervorum alienationem viginti quinque annis minoribus interdixit, & eorum utique manumiſſionem prohibuiſſe cenſetur ex regula *l. ult. de reb. alien. non alien. l.* 9. §. 1. *de autor. tutor.* niſi quis dicere maluerit ad ſervorum manumiſſionem Conſtantini conſtitutionem non pertinere, quia lex Ælia Sentia certam ad manumittentis ætatem jam pridem præſcripſerat, cujus diſpoſitionem dum expreſſè non abrogavit, illibatam relinquere voluiſſe Conſtantinus cenſetur, ſed nec ex eo quod legis Juliæ prohibitio legatum etiam comprehendat, præſentem interdictionem ad ultimas voluntates extendi infertur, cum lex Julia uxorum & dotium favori proſpexerit ut legati teſtamento quam ut inter vivos maritus dotalis fundi dominium in alium poſſit in uxoris præjudicium transferre *dict. l.* 6. *de*

Digitized by Google

milit. teſtam. noſtræ autem prohibitionis ratio, ut jam vidimus ultimas voluntates non comprehendit.

27 Solet etiam vulgariter alter ſine decreto præmiſſæ alienationis caſus deſumi *ex leg. 1. authent. ſacramenta C. ſi adverſ. vendit.* veluti ſi minor, qui fundum vel rem aliam in prohibitione contentam ſine decreto diſtraxerit, propter cujus religionem utilem alienationem eſſe, nec periculo reſtitutionis obnoxiam vulgo creditur, ſed licet in praxi veriſſimam hujuſmodi ſententiam agnoſcam, nec ab ea in judicando, & conſulendo poſſe recedi, eum jusjurandum adhuc contra leges præſtitum ſervari toties debeat, quoties in æternæ ſalutis diſpendium non vergit *cap. cum contingat* 28. *de jure jurando* ut latius proſequuntur Pragmatici, quorum plures congeſſit Gonzales. *in dict. cap.* 28. *num.* 1. & 10. niſi forſan enormiſſimam vel ſaltem enormem læſionem minor ſe paſſum oſtenderit, tunc enim poterit venditionem per beneficium in integrum reſtitutionis reſcindere ut cum pluribus reſolvit Olea *de ceſſ. jur. tit.* 2. *quæſt.* 2. *num.* 50. In puncto tamen juris veriorem ſententiam contrariam cenſeo, quam defendunt Duaren. & Gyphanius *ad tit. C ſi adverſ. vendit.* nam jusjurandum ſequitur naturam actus cui inhæret, & contra leges impoſitum inutile penitus eſt *l.* 7. *§. & generaliter* 16. *de pactis l. ſi quis* 112. *§. ultimo de legat.* 1°. *l. non dubium* 5. *§. fin. C. de legatis.* ergo rei alienari prohibitæ à minore ſine decreto facta venditio, quæ propter principalem conſtitutionem inutilis omnino eſt per jusjurandum confirmari nequit. Nec contrarium probat *dict. l.* 1. & *auth. Sacramenta C. ſi adverſ. vendit.* qui de contractu à minore rectè celebrato & jurejurando confirmato loquuntur, adverſus quem reſtitutionem implorare non poſſe minorem decidunt, ut ex ipſa rubrica dignoſcitur, in qua de reſtitutione contra venditionem minori concedenda tractatur, textus itaque *in dict. l.* 1. vel de urbano prædio debet intelligi, cujus alienationem Alexandri ævo nondum prohibitam ſæpe dixi, vel ſi adverſus prædium referatur, erit in præcedentis decreti ſuppoſitione exaudiendus, quibus in caſibus utilem contractum, cui adhæret jusjurandum propter ſui religionem ita confirmat, ut beneficium reſtitutionis excludat.

28 Verior ſanè & elegantior ſine decreto permiſſæ alienatonis caſus invenitur *in leg. fin. §. defenſionem* 3. *C. de admin. tutor.* ubi tutori vel curatori qui in judicio minoris; ut pro litis cautela res quarum gubernationem gerit, ſine decreto poſſit ſubſignare, ideſt hipothecæ ſubjicere Juſtinianus permittit. Quæ nova conſtitutio ex eo difficilis redditur, quod nec judicio ſiſti, nec ad judicatum ſolvi cautionem pertinere poſſe videtur, nam ab eis qui immobilia poſſident judicio ſiſti cautio non per hypothecam aut fidejuſſores, ſed per nudam repromiſſionem expeditur *l. ſciendum* 15. *qui ſtat. cog.* Si igitur immobilia minor poſſideat, judicio ſiſti cautionem, quam per nudam poteſt repromiſſionem expedire, in minoris præjudicium tutori vel curatori expedire per hypothecam non licebit. Rurſus quamvis hi qui alieno nomine judicium ſuſcipiunt, pignoribus aut fidejuſſoribus datis judicatum ſolvi cautionem adeo præſtare teneantur, ut idoneus alienæ litis defenſor ſine hujuſmodi ſatisdatione nemo credatur *l.* 46. *§. qui alium* 2. *l. non videtur* 63. *de procurator.* tutores tamen & curatores quia dominorum loco habentur, judicatum ſolvi, ſatiſdatione non onerantur *l.* 1. *§.* 2. *de admin. tut.* Ergo nec ſi velint in minoris necem poterunt eorum bona ad judicatum ſolvi cautionem præſtandam hypothecare. Quibus difficultatibus ut reſpondeam adverto Accurſium & Gottofredum, textum *in dict. l. ult. §.* 3. *de cautione* judicio ſiſti intelligere, Cujacium autem 2. *quæſt. Pap. in dict. l. fin. ſi quis cautiou.* & Franciſcum Raguell. *ad deciſ. dict. l. ult. §.* 3. ad judicatum ſolvi cautionem novam illam Juſtiniani Sanctionem eſſe referendam arbitrari, quam in utraque opinione, ſeu in utriuſque cautionis terminis poſſe procedere ita ex propria obſervatione oſtendo: ponamus minorem, cujus defenſionem in judicio tutor aut curator ſuſcepit, immobilia non poſſidere, alia autem quæ poſt Conſtantinum ſine decreto alienari non poſſunt, in bonis habere, tunc niſi minor illuſtris ſit, tutor vel curator judicio ſiſti cautionem per hipothecam cogitur expedire *§.* 2. *inſtit. de ſatiſdat.* & ex ſuperiore Juſtiniani conſtitutione eas etiam minorum mobiles res, quas alienari Conſtantinus prohibuit, ſine decreto poteſt eo nomine hypothecæ jure ſubjicere. Ulterius quod dicitur tutores & curatores judicatum ſolvi ſatisdare non onerari *dict. l.* 1. *§.* 2. *de admin. tut.* meo quidem judicio tunc ſolum verum eſt, cum nec minores ipſi, etſi ad legitimam ætatem perveniſſent, in judicio conventi, judicatum ſolvi ſatisdare poſſent compelli, veluti ſi perſonali actione pulſarentur *§.* 1. *inſtit. de ſatisdat.* ſi autem adverſus minores rei vindicatio exerceretur, tutores & curatores, quamvis dominorum loco habeantur, olim judicatum ſolvi ſatisdare debuiſſe non dubito, cum quilibet etiam proprio nomine in rem actione conventus eam ſatisdationem ſubire teneretur *principio inſtit. eodem* licet autem Juſtiniani conſtitutione, qui ſive reali, ſive perſonali actione in judicio proprio nomine convenitur, ejus ſatisdationis onere relevetur *dict. §.* 2. *eod. tit.* ſi tamen procuratorem conſtituerit, ut *in §. ſi vero* 4. Juſtin. ſubjungit tenetur omnino vel in judicio vel extra judicium pro oneribus judicatum ſolvi ſatisdationis clauſulis ſui procuratoris fidejuſſor exiſtere, & de ſuarum rerum hypotheca convenire, & alio etiam fidejuſſore dato cavere, ſe recitandæ ſententiæ tempore in judicium venturum. Quibus principiis ſuppoſitis, ſi quidem minor qui reali vel perſonali actione pulſatur, tutore vel curatore autore procuratorem conſtituit, ut poteſt *l. nec tutores* 11. *C. de procurat.* ipſe quidem poterit quoad judicatum ſolvi cautionem ſui procuratoris fidejuſſor exiſtere *l. de die* 8. *§.* 1. *qui ſatiſd. cog.* & ejus bona quamvis immobilia ex Juſtiniani conſtitutione eo nomine hypothecæ ſubjicere tutori vel curatori licebit. In utriuſque itaque cautionis terminis minoris bona etiam alienari prohibita ſine decreto poſſunt hypothecæ ſupponi jure quod permiſit Juſtinianus, ne alias tutor aut curator alterius exequendæ ſatisdationis onere gravetur, quo ſenſu intelligi debere exiſtimo illa verba textus

in dict. l. ult. §. 3. ne fortè putaverint tutores, vel curatores gravamen ſibimet imponi, illam decernimus defenſionem eos ſubire, quæ non ſatisdatione pro eventu litis conſtituitur, & qui ex utriuſque cautione quæ pro litis cautela præſtatur ex neceſſaria quodam modo cauſa deſcendit, cum utrâque in ſupradictis caſibus tutor aut curator teneatur, & melius ſit, ut hypothecæ minoris bona ſupponat, quam ut exquirere aliam ſatisdationem cogatur.

29 Denique & in his omnibus caſibus in quibus tacita hypotheca ex legis providentia conſtituitur eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari prohibitæ ipſo jure ſine decreto tacitæ hypothecæ vinculo ſubjiciuntur, veluti ſi eum fiſco minor contraxerit ex *leg.* 46. §. *fiſcus de jur. fiſci l.* 2. *C. in quibus cauſ. pign. tac.* ut ſi minor dotem acceperit poſt novam Juſtiniani Sanctionem *in leg. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act. l. aſſiduis* 12. §. 1. *C. qui potior. in pign. habeant.* §. *fuerat* 29. *inſtit. de act.* Hæc ſententia quam defendunt Barboſa *in leg. ſi conſtante* 24. *ſolut. matrim. ex num.* 120. Bachovius 1. *de pignor. cap.* 11. Vinn. *de pact. cap.* 12. *num.* 8. & cum aliis Valeron. *de deca. deb. fiſcal. tom.* 1. *quæſt.* 7. *num.* 10. *& N.* Didacus de Bezerrà *in diſput. Sabiniana lib.* 3. *de prodig. cap.* 5. *num.* 15. expreſſe probatur *ex leg.* 2. *hoc tit.* in cujus ſpecie quam *num.* 14. *cum ſequenti* jam expoſui, ait Paulus dubitari non poſſe quin jus pignoris ſalvum ſit: ergo minoris cum fiſco contrahentis bona etiam alienari prohibita, ipſo jure fiſco ſine decreto tacitæ hypothecæ jura tenentur. Si dicas imo contrarium ex eo textu deſumi; nam ſi fiſcus in bonis omnibus minoris contrahentis tacitam hypothecam haberet, non rectè ad ſolum prædium, quod à fiſco minor emiſſet Paulus fiſci hypothecam reſtringeret, & præterea generaliter hypotheca fiſco in minoribus conceſſa, an in prædio, quod minor emiſſet, jus pignoris fiſco ſalvum eſſet, nonniſi fruſtra quæreretur. Nec rectè reſpondebitur fiſcum virture pacti expreſſam ſpecialem hypothecam in vendito prædio acquiſiviſſe, & generalem in aliis minoris bonis amiſiſſe, cum proviſio hominis faciat ceſſare proviſionem legis, & quiſquis ex ipſa ſpeciali hypotheca ſibi proſpicit, hoc ipſo generalem, quam alioquin ex legis providentia haberet, amittat *l. fin. verſ. etſi & verſ. ſin autem C. de pact. convent. tam ſup. dot. &c.* nam hujuſmodi doctrina *ex leg. ult.* deſumpta in terminis textus *in dict. l.* 2. locum habere nequit, nec enim in ejus qui fiſci res adminiſtrat, arbitrio eſſe debet, fiſco generalem hypothecam adimere. Melius itaque reſpondet Barboſa ubi ſupra Paulum *in dict. l.* 2. dum ſecure docet, ſe non dubitare, quin jus pignoris ſalvum ſit, non quidem ad diſtractum prædium hypothecam reſtringere, imo in omnibus minoris bonis tacitam hypothecam agnoſcere, alias nec expreſſa prædii obligatio ſine decreto ſubſiſteret, quæ tamen ideo utilis eſt, quia quæ tacitè inſunt, etſi exprimantur, nihil operantur *l.* 3. *de legat.* 1. *cum ſimil.* Expreſſius ſane noſtram ſententiam firmat *l.* 3. *hoc tit.* ſi ſupponamus quod etſi regulariter res ex aliena pecunia empta pecuniæ Domino nullæ hypothecæ jure teneatur *l. ult. C. de ſerv. pign. dat. man.* res tamen ex pupilli pecunia empta pupillo propter ſui privilegium tacitæ hypothecæ jure tenetur *l. idem* 7. *in princ. qui potior. l.* 6. *C. de ſerv. pignor. dat.* Nunc ponamus ex alterius pupilli pecunia fundum alienum pupillo comparatum, & traditum ait Ulpianus *in dict. l.* 3. quod fundus ex pupillo, ex cujus pecunia fuerit comparatus ſine decreto tacitæ hypothecæ jure tenetur, in his ergo caſibus in quibus ex legis providentia tacita hypotheca conſtituitur, minoris etiam res alienari prohibitæ ipſo jure teneantur. Aliud autem procedit, ubi tacita hypotheca ex tacita conventione deſcendit ut *in dict. l.* 4. *in prin. de pact. cum ſimilibus* quo caſu minorum res alienari prohibitæ alienari ſine decreto non poſſunt, cum hypotheca non ex legis providentia, ſed ex partium conventione reſultet, ut docent Bachov. & Vinnius ubi ſupra quamvis contrarium cum aliis ſenſerit Mendoza de *pactis lib.* 2. *quæſt.* 1. *ex num.* 31. & præcipue *ex num.* 34.

Sed dices uſucapio ex totâ legis diſpoſitione 30
dimanat, & tamen in alienationis prohibitione comprehenditur, ut dictum eſt ex *num.* 31. igitur ex tacita hypotheca, quæ ex legis providentia deſcendit, debet in obligationis prohibitione comprehendi, alioquin ſecum lex pugnaret ut conſiderat Faber contrariæ opinionis aſſertor *tit.* 13. *prin.* 8. *illat.* 55. ſi minorum res obligaret, quarum obligationem ipſa interdixit. Aſſumptum probare Juſtinianus videtur *in l. ult. verſ. diſcretis C. de legit. tut.* ubi ſtatuit legitimam tutelam nemini ante legitimam ætatem deferri (circa quam rem conſulendi ſunt interpretes *in* §. *item* 13. *inſtit. de excuſ. tutor.* & Oroz. 5. *de apicibus cap.* 7. *num.* 51. *cum tribus ſeqq.*) & eos tantum legitimos tutores exiſtere, qui ejus ætatis ſunt, cui rerum ſuarum adminiſtratio committitur, & quorum res poſſunt pleniſſimo hypothecarum jure teneri; ſentit ergo quod minoris bona, ſi legitimus tutor exiſteret, non poſſent hypothecæ jure teneri; ſed tacita hypotheca qua tam novo quam antiquo jure pupillo tutoris bona teneutur in veriori ſententia quam probant *l. tutores* 49 *locati l.* 1. §. *ex illa* 9. *ad leg. Cornel. de falſis l. un. C. rem alien. gerent. l. pro officio* 20. *C. de admin. tut. l. un. C. ne tutor vel curat. vectigal. cond.* & tuentur Balduinus *de pignor. cap.* 7. & Gotofred. *in l.* 1. *C. Theod. de admin. tut.* ex legis providentia proficiſcitur, ergo nec in his caſibus in quibus tacita hypotheca ex legis poteſtate deſcendit minorum res alienari prohibitæ ipſo jure poſſunt ſine decreto hypothecæ jure teneri. Cui difficultati reſpondeo quod uſucapio uſucapientis lucrum continet cum alieno detrimento conjunctum *l. ſciendum* 18. *cum ſeq. ex quibus cauſ. maj.* ideo quamvis ex legis poteſtate dimanat, in alienationis prohibitione comprehenditur. Tacita autem hypotheca quæ in gratiam fiſci dotis aut papilli ex legis providentia conſtituitur, quia ex oneroſa cauſa, cujus nomine aut à fiſco prædium minor emerit, aut ab uxore dotem receperit, aut alterius pupilli pecunia fundum comparaverit, deſcendit in minoris bonis ſine decreto ab ipſa lege conſtituitur, quæ non ideo ſecum pugnare dici poteſt, quamvis obligationem quam tutoribus aut curatoribus inter-

dicit propter alicujus cauſæ, vel perſonæ privilegium quibuſdam caſibus ipſa ſine decreto conſtituat, & uno verbo dicam, omnes tacitæ hypothecæ cauſæ veluti à legibus cognitæ cenſentur, ad hoc ut quælibet minoris bona ipſo jure ſine decreto obligentur. Nec obſtat *l.ult.C. de legit. tut.* ubi non quidem negat Juſtinianus minorum bona poſſe tacitæ hypothecæ jure teneri, quod longè diverſum eſt, nimirum tacitæ hypothecæ jus, quo minorum bona tenentur, pleniſſimum dici nequit; cum enim principalis contractus etiam cum fiſco celebratus ſit periculo reſtitutionis obnoxius *l.* 1. *&* 2. *C. ſi advers fiſc.* ſi quidem reſtitutionem minor impetraverit hoc ipſo & tacitæ hypothecæ jua extingui neceſſe eſt ex regula *l. in omnibus* 43. *de ſolutionib.* ut Juſtinianum ſubtiliter interpretatur Petrus Barboſa *in dict. l.* 24. *in prin. ſolut. matrim. num.* 131.

31 Quando ſine decreto eorum qui ſub tutela vel cura ſunt res alienari prohibitæ, alienari, obligarive poſſint jam vidimus. Nunc (quæ altera breviorque hujus capitis pars eſt) quando interveniente decreto alienari vel obligari poſſint videamus, & quidem juxta orationis verba: *ex æris alieni* cauſa alienationem ſeu obligationem cauſæ cognitione præhabita permittere Prætor poteſt *l.* 1. §. 2. *vers. quod ſi l.* 5. §. *non paſſim* 9. *cum ſeq. &* §. *ſi æs* 14. *hoc tit. l. ob æs* 12. *l. fin. C. de præd. & alien.reb. min.* dum tamen vel creditores urgeant, vel uſurarum modus ſolvendum æs alienum ſuadeat *dict. l.* 5. §. 9. *hoc tit. dict. l. ult. de præd.& aliis rebus min.* quod itaque *in l. tutor* 47. *in prin.de minorib. tutorem urgentibus*, creditoribus rem pupillarem jure diſtraxiſſe apud Scævolam legimus, vel ad eam rationem referendus, cujus alienatio prohibita nondum eſſet, vel ſi ad ruſticum prædium referatur in præcedentis decreti ſuppoſitione accipiendum ut poſt Accurſium in eo textu tractarunt Cujac. 1. *reſpons. Scævolæ* & Faber *in ejuſdem rationali.* Nec ex æris alieni cauſa tutoribus aut curatoribus diſtrahendi facultas conceditur, niſi magiſtratus de cujus diligentia lex magis confidit, decretum præceſſerit, & quidem cauſæ cognitione præhabita in qua plurima excutiuntur quæ *in dict. l.* 5. §. 9. *cum duabus ſequentib. &* §. 3. *hoc tit.* recenſet Ulpianus & *ſequent. cap.* exprimam; unde ſi æris alieni ex cauſa alienationem competens Magiſtratus permiſerit, alienatio ſine dubio ſubſiſtit, ſi autem pignoris obligationem ſolum permiſerit, quæri poteſt an pignoratitio creditori rei ſibi pignoratæ ſine decreto diſtrahendæ facultas ſit? ſecure tamen dicendum eſt creditorem in non ſolutæ pecuniæ caſu minoris rem alias alienari prohibitam, quam ex Magiſtratus permiſſu pignori accepit, etiam abſque novo decreto jure diſtrahere *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit.* ſive quia quæ pignoris ſemel utilitet conſtituti factam à creditore diſtractionem contingit, alienatio neceſſaria omninò reſpectu minoris eſt, qui niſi debitum offerat, impedire diſtractionem nequit *l.* 2. *C. debitor. vend. pignor. imp.* Nec tam nova cenſetur alienatio quam prioris obligationis executio, ut conſiderat Arias de Meſa 3. *var. cap.* 27. *num.* 2. & expreſſè docet Ulpianus *dict. l.* 7. §. 1. *hoc tit. ibi: ſed dicendum eſt poſſe creditorem jus ſuum exequi;* ſive quia hoc ipſo quod Magiſtratus obligationem permiſit, & alienationem utique in non ſoluti debiti caſu permiſiſſe cenſetur, cum tota pignoris ſecuritas in diſtrahendi facultate conſiſtat *l.* 4. *de pign. act.* & docet Faber. *dict. tit.* 13. *prin.* 7. *illat.* 87. ex quibus theoricis principiis inferunt Molina *de hiſpan. primog.* 3. *part. cap.*4. *ex num.* 5. quod majoratus bona pignori ex regia facultate obligata in non ſoluti debiti caſu à pignoratitio creditore abſque nova facultate jure diſtrahantur.

32 Hanc tamen doctrinam quam initio textus tradiderat in ejus fine corrigere videtur ipſe Ulpianus *in dict.l.* 7. §. 1. *hoc tit.* dum tutius facturum creditorem ſcribit, ſi antequam minoris rem vendat quam pignori ex permiſſu Magiſtratus accipit, Magiſtratum eundem adierit, ergo minoris res Magiſtratu permittente pignori obligata à creditore diſtrahere ſine novo decreto nequit. Omiſſo Fabro qui *dict. illat.* 87. ultima ea verba textus *in dict. l.* 7. *num.* 4. verbum illud *tutius* tribuendum imperito interpreti exiſtimat, reſpondet Arias de Meſa *lib.* 3. *cap.* 27. *num.*4. dictum verbum *tutius* conſilium magis quam neceſſitatem præ ſe ferre ut *in l. qui ſervum* 34. §. 1. *de oblig. & action.* quaſi dicat Ulpianus quod etſi creditor ſine novo decreto poſſit rem ſibi pignori obligatam diſtrahere, melius tamen faciet, ſi prius Magiſtratum adierit *arg. l. ſi ſtipulatus* 81. §. 1. *de ſolution. l.* 3. *C. de pignor.* quam ſolutionem antea præbuere Accurs. Gofredus & Gotrofredus *in dict. l.* 7. §. 1. verum illud inquirendum reſtat (de quo nec verbum quidem apud interpretes) quænam ſcilicet major ſit diſtractionis ſecuritas, ex eo quod creditori minoris rem, quam pignori accepit, novo interveniente decreto diſtrahendi facultas competat, efficax omnino diſtractio eſt, & ex ejus cauſa dominium in accipientem transfertur non minus quam ſi facta ex novo decreto fuiſſet, & quamvis ſit periculo reſtitutionis obnoxia, hoc ipſum eveniret, licet ex novo decreto proceſſiſſet ex *reg. l.* 11. *vers. ſi vero de præd. & aliis reb.min.* cum igitur nullam majorem diſtractioni firmitatem novum decretum adjiciat, juvat inquirere, quid ſibi Ulpianus voluerit, dum dixit tutius creditorem facturum, ſi ante diſtractionem Prætorem adierit? in qua re dicendum puto novum Magiſtratus decretum pignoratitio creditori quidem nullam majorem ſecuritatem præſtare, qui poſt factam ſine novo decreto diſtractionem non minus ſecurus eſt, quam ſi novo præcedente decreto diſtraxerit, verum ei qui à creditore pignoratitio emerit ampliorem ſecuritatem novum decretum afferre, quod ita explico: evenire facile poteſt, ut minor qui quo tempore obligationem Prætor permiſit, nec numeratam pecuniam, nec res alias in alienationis prohibitione non comprehenſas ex quibus æs alienum diſſolverit, in bonis habuerit, quo tempore res pignorata diſtrahitur, numeratam pecuniam aut ſimiles alias res alienari non prohibitas in bonis jam habeat, ex quibus poſſit æs alienum diſſolvere, quo caſu à creditore facta diſtractio dominium in emptorem non transfert, à quo minor quandocumque ex aliis rebus alienari non prohibitis diſtractionis tempore ſatisfieri creditori potuiſſe probaverit, rem à creditore diſtractam poterit vindicare, cum nec aliter alienationem rei alienari prohibitæ poſſit Magiſtratus permittere, quaſi ex rebus aliis in

Digitized by Google

prohibitione non comprehenſis æs alienum ſolvi non poruerit *dict. l.5.§.9. hoc tit.* Ex quo principio confirmari non ineleganter poſſet, quod nullum rextum expendens docet Salgado *in Labyr. creditor. dict. 3. part. cap. 4. ex num. 47.* diſtractionem ſcilicet bonorum majorarus à creditore factam cui fuerunt ex regia facultate obligata, quandocumque libera alia bona, ex quibus ſatisfieri creditoribus potoiſſet, diſtractionis tempore non habuiſſe majoratus poſſeſſorem conſtiterit, inutilem prorsùs eſſe, quia nec aliter bonorum majoratus alienationem Princeps permittir, quam ſi ex liberis aliis bonis creditori ſatisfieri nequeat. Qua ſuppoſitione facta ſi creditor minoris rem, quam pignori ex permiſſu Magiſtratus acceperit, diſtraxerit, quin prius Magiſtratum ipſum adierit, emptor non omninò ſecurus eſt, nam ſi minor ex rebus aliis alienari non prohibitis diſtractionis tempore ſolvi æs alienum potuiſſe probaverit, debitum offerens rem diſtractam poterit vindicare. Si autem creditor Magiſtratum ante diſtractionem adierit ſecurus magis emptos exiſtit, nec æque minoris regreſſum vereiur, nec enim diſtractionem Magiſtratus permitteret, niſi ex rebus aliis alienari non prohibitis creditori ſatisfieri non poſſe prævia excuſſione videret; creditor autem & ſine oovo decreto diſtraxerit ſecurus omninò eſt, utpotè qui licet minor in ſupra dictis terminis diſtractam rem vindicaverit de evictione emptori non tenetur ex regula *l. 10. de distract. pign. l. s.& a.C. creditor. evict. pign. non deb.* ubi & *quarto reſpons.* Paul. *in l.59. §. creditor.4. mand.* videndus Cujacius: novum ergo decretum quamvis oec neceſſarium, nec otile diſtrahenti creditori ſit, niſi quatenus eo adhibito facilius pignori emprorem inveniet, majorem tamen præſtat ſecuritatem emptori, qui & minus timeſcet regreſſum minoris, idque ſibi voluiſſe Ulpianum crediderim in ultimis textus verbis *in dict. l. 7. §. 1.* Si dicas ex his potius evinci ad pignoris diſtractionem neceſſariò novum decretum requiri: Reſpondeo imo neceſſarium novum decretum non eſſe; aut enim diſtractionis tempore res aliæ alienari non prohibitæ, ex quibus creditori ſatisfieri poteſt, in minoris bonis exiſtunt, & tunc diſtractio nullius momenti eſt, & nullum irrogat minori præjudicium, cujus nihil ioтereſt, an à creditore, au ab emptore diſtractam rem vindicet, aut utri eorum debitum offerat, aut res aliæ diſtractionis tempore in minoris bonis non exiſtunt, & tunc urilis omninò diſtractio eſt, tanquam implicite ſeu virtualiter in permiſſæ obligationis decreto in non ſoluti debiti caſu permiſſa.

33 Nec Ulpianus idem ſibi contradicit *in dict. l. 7. §. ſi Prætor 3. hoc tit.* ubi quod ſcribit rem pignori ex decreto obligari permiſſam diſtrahi abſque novo decreto non poſſe, utpoſt Accurſium & antiquiores alios advertit Molina, *dict. lib. 4. cap. 5. num. 3. de Hiſpanor. primog.* quem ſequitur Meſa *3. var. cap. 27 num. 5.* non eſt diverſum, uec eò pertinet ut creditor rem ſibi pignori ex decreto obligatam diſtrahere ſine novo decreto non poſſit, ſed porius ut tutores vel curarores quibus rem minoris obligare permiſit Prætor, eam ex vi hujus decreti vendere non poſſint, tum quia ſpecificam debent decreti differentiam ſervare, ut indicant ea Ulpiani verba, & mea fert opinio, *eum qui aliud ſcoit quam quod à Prætore decretum eſt, nihil agere*, tum quia non ex eo quod obligationem tutoribus aut curatoribus Magiſtrarus permiſit diſtrahendi arbitrium dediſſe cenſendus eſt, cum majus longè præjudicium ut plurimum diſtractio ſit, nam ſi utilis eſſet, dominium in perpetuum à minore confeſtim auſerret; quod de obligatione dici non poteſt, cum minor ſi intra diem diſtractionis præfixam pecuniam paraverit; poſſit debitum offerens pigooratæ rei diſtractionem impedire, imo & rem eo tempore à creditore diſtractam, quo ex aliis rebus alienari noo prohibitis exſolvi debitum potuit vindicare, ut *antecedenti num.* diximus. Illud tamen difficile eſt, cum Prætor permiſit vendere, pignori obligari non poſſe idem Ulpian. *in dict. l. 7. §. 3.* decidit, ſi enim ut dicebam minus diſpendium obligatio quam diſtractio minoribus irrogat, abſurdum videtur, ut tutoris cui vendere Prætor permiſit, quod eſt plus quod minus eſt pignori obligare non liceat contra vulgarem regulam textus in *l. non debet 21. de Reg. jur.* Creſcit difficoltas, eo quod ſi creditor qui dum debitori rem pignoratam alienanti conſentit, pignus hoc liberare intelligitur *l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* debitori donare rem pignori obligatam permiſerit, licet eam debitor non donaverit, ſed vendiderit, pignus amittit. *l. 8. §. ſed ſi 13. eod. tit.* quia cum donatio majus quam venditio diſpendium transferat creditori, cui ex pretio ex pignoris diſtractione redacto ſatisfacere debitor poteſt, creditor qui debitori quod plus eſt, rem ſcilicet pignoratam donare permiſit, fortiori ratione & vendere quod eſt minus permiſſum intelligitur, ergo & Prætor qui tutori quod plus eſt, vendere ſcilicet rem minoris permittit hoc ipſo & pignori obligare quod minus permiſiſſe debet intelligi. Huic difficultati reſpondet Molina ubi ſupra *num. 23.* evenire facilè poſſe ut minoris res quam tutori vendere Prætor permiſerit, inutilis adeo ſit ut plus damni afferat quam emolumenti, veluti ſi talis ſit fundus qualem Paulus deſcribit *in l. 13. hoc tit.* quo caſu majus minori damnum obligatio, quam venit in poſterum afficere, & ceſſat omnino regula *dict. l. 21. de Reg. jur.* nec in arbitrio debet eſſe tutoris, an utilior obligatio, quam venditio minori ſit, definire, cujos officium io hac re ſolum incumbit à Prætore preſcriptæ obligationis formæ limites non excedere. Similiter ſi egenus minor adeo proponeretur, ut de proximo numeratam pecuniam ad debitum, exſolvendum in bonis habiturus non ſperaretur, juſtè venditionem potius qoam obligationem permittere Prætor poterit. Nec magis obſtat *l. 8. §. 15. quib. mod. hypot. ſolv.* ubi creditor qui debitori donare rem pignoratam permiſit adeo & vendere permiſiſſe cenſetur, quia donatio indiſtinctè io cujuſquam venditione damnum irrogat creditori, niſi forſan propter ſpecialem erga donatarium affectionem debitori donare permiſit, ex quibus omnibus infertur quod majoratus poſſeſſor, qui ad rem aliquam vendendam regiam importavit facultatem, eam pignori obligare non prohibetur, quia in his terminis utilior omninò eſt obligatio quam venditio, cum per venditionem res in perpetoum à majoratu eximuur, ne ad eam redimendam aliamvè in ejus locum ſubrogandam majoratus poſſeſſor

nteeatur, qui tamen ad rem pignori obligatam tuendam adſtringitur, quandocumque libera alia bona habere cœperit ut eleganter reſolverunt ſuperiorem regulam *l.* 7. §. 3. *hoc tit.* in majoratus bonis locum non habere agnoſcentes Molioa *dict. lib.* 4. *cap.* 5. *ex num.* 15. *& præſertim num.* 23. & Molina Theologos *tom.* 2. *de juſt. & jur. diſp.*652. *quæſt.* 2. *per tot.*

34 Quod dixi *num.* 31. quod licet creditores urgeant, ex æris alieni cauſa minorum res alienari prohibitæ, alienavi aut obligari ſine decreto Prætoris nequeunt *l.*5 §.9. *in fin. hoc tit. dict. l. ult. C. de præd. & al. reb. min.* faillit ſi in judicio creditores urgeant & ſententiã adverſùs minorem reportarint, quæ in condemnati minoris bonis etiam alienari prohibitis competens quiliber magiſtratus, qui judicem dederit, à quo ſententia prolata fuerit per diſtractionem exequi non prohibetur, dummodò præſcriptum ordinem non excedar qui erat in *l.* 15 §. *in venditione* 2. *de re judic.* quia licer ex æris alieni cauſa quoties extra judicium creditores urgent, non aliis magiſtratibus quam Prætoris in urbe, & in Provinciis earum Præſidibus ex decreto permittendæ diſtractionis aut obligationis facultas competat, ut colligitur *ex l.* 2. §. 5. *de offic. ejus cui mand. juriſd.* & plenius *ſequenti cap.* dicam, ſi tamen condemnatus minor ſit in judicio competens quilibet Magiſtratus etiam extra Prætorem aut provinciæ Præſidem poteſt mobilibus deficientibus immobilia quælibet minoris bona ad ſenreotiam exequendam diſtrahere, quin aliquo Prætoris aut proviociæ Præſidis decreto opus ſit, hujuſmodi namque diſtractio, quæ pro executione ſententiæ ſit, neceſſaria omninò alienatio eſt, neque alienationis prohibitione comprehenditur ex ſæpe dictis aſſumptum probat, *l.* 15. §. *ult. vers. hoc amplius de re judic.* ubi pupillarem pecuniam in arca ad prædiorum comparationem repoſitam (quam inter res alienari prohibitas recenſeri conſtat *ex l.* 3. §. *quod ergo.* 6. *de contrar. tut. act.* junctis quæ pro ejos expoſitione dixi *antecedenti capite num.* 26.) ab eo qui judicatum exequitur citra Prætoris permiſſum pignori capi poſſe, & in judicati cauſa converti expreſſè Ulpianus reſpondet, hoc idem expreſſius Antonius Imperator decidir in *l.* 1. *C. de præd. & al. reb. min.* dum ait prædii venditionem quod ſine cauſa judicati captum & diſtractum eſt ad Senatus conſultum quod de non alienandis prædiis minorum niſi à Prætore aur Præſide provinciæ autore factum eſt non pertinere, unde quod indiſtinctè ſupponitur in *l. ex cauſa* 9. *de minor. tit.* 1. *C. ſi adverſ. vendit.* minorum bona ex cauſa judicati pignori rectè capi, & per diſtractionem in judicati cauſam converti, intelligendum ita eſt ex mente Fabri *in rationali ad textum in dict. l.* 9. ut minorum booa etiam alienari prohibita citra Prætoris aut Præſidis Provinciæ decretum ab eo Magiſtratu, qui judicatum exequitur ex ejus cauſa tanquam neceſſaria pignora rectè capiantur, & diſtrahantur.

35 Eandem præterea doctrinam, ejuſque deciſivam rationem nonnullis & elegantibus quidem adductis exemplis expreſsè tradit Ulpianus in *dict. l.* 3. §. 1. *hoc tit. ubi* ſic ait. *pignori tamen capi Magiſtratus, vel Præſidis, vel alterius poteſtatis, & diſtrahi fundus pupillaris poteſt*, in quibus veibis Magiſtratus nomine Prætorem Ulpianum intellexiſſe crediderim qui antonomaſticè ſolet ſimpliciter Magiſtratus appellari §. *conſtat.* 3. *&* 7. *inſtit. de jur. nat.* Alterius autem poteſtatis nomine competentem quemlibet alium Magiſtratum denotaſſe ex his quæ vulgo obſervant interpretes *in* §. 3. *inſtit. de excuſ. tutor.* docet ergo non modo Prætorem aut provinciæ Præſidem, ſed & alium quuque Magiſtratum qui judicatum exequitur, pupillarem fundum pignori rectè capere, & ex judicari cauſa diſtrahere, quod ut confirmet ſubjungit, quod & in poſſeſſionem rerum pupillarium etiam quæ alienari ſine decreto nequeunt à Prætore mitti quis poteſt, & cui pignoris contrahitur *l. ne* 6. *de pign. act.* ſive legatorum ſervandorum cauſa juxta terminos textus *in l.* 3. *& fere per tot. tit. ut in poſſeſſ. legator. l.* 2. *pro herede*, ſive damni infecti, ſive cum pupillus cum tutorem non habuerit non defendatur *l.* 15. §. *ſi pupillus de damn. infect.* ſive tutor damni infecti nomine per contumaciam non caveat, adeo ot ex decreto poſſit vicinus pupiliares ædes (ruſticis nimirum uſibus deſtinatas) ruinam minantes poſſidere juberi, eorumque bonitarius Dominus conſtitui *ex dictis præcedenti cap. num.* 41. quamvis nec debear Prætor ad ſecundum decretum feſtinare decernendum, & licet decrevetir minori debeat in integrum reſtitutionis auxilium indulgere *dict. l.* 15. §. 22. *ſi forte de damn. infect.* & ſimiliter ſi pupillus in judicio adverſùs tutorem non defendatur, ejus bona à Magiſtratu poſſideri jubentur *l.* 5. §. 1. *cum duob. ſeqq. l. ſi pupillus* 10. *quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* quamvis pupilli cauſa veſcendi ex his bonis poſſideri juſſis diminutio fieri non prohibeatur *l. ſi pupillus* 33. *l. ult. de reb. autor. jud. poſſid.* & ſi quidem pupillus ex contractu à ſe cum tutoris autoritate aut ab ipſo tutore geſto conveniatur, ejus bona juſſa poſſideri, diſtrahi ante pubertatem nequeunt. expreſſus textus *in l. in poſſeſſionem* 6. §. 1. textus ita intelligendi *in l.* 3. §. 1. *&* 2. *& dict. l.* 5. *in prin. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* niſi forſan æs alienum urgeat, & dilatio damnum ſit allatura creditoribus *l.* 7. §. *plane* 11. *eod.* quod idem & in cæteris qui curatorum ope juvatur ex edicti nomine obſervandum docemur *in dict. l.* 7. §. *idem* 12. unde nec dubito quin & in adolto, ſive curatorem habeat, ſive ſine curatore degat, idem juris ſit, & quod *in l.* 5. *de reb. autor. jud. poſſid.* adultum qui à curatoribus non defenditur bonorum diſtractionem pari generaliter Ulpianus ſcribit ad terminos textus in *dict. l.* 7. *quibus ex cauſ. in poſſeſ. eat.* exiſtimo reſtringi debere, alioquin Ulpianus ipſe, qui utriuſque textus autor, ſecum ſine pace pugnaret, ſi autem pupillus ex paterno contractu conveniatur, nec defendatur, ejus bona non modo poſſideri, ſed & ſine cunctatione diſtrahi jubentur; nam abſurdum eſſet, eum qui cum parente contraxit, ex eo quod in papillum inciderit ejus pubertatem expectare cumpelli *dict. l.* 3. *in prin. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l.* 6. *in prin. de reb. auct. jud. poſſid.* idemque proprer rationis identitatem dicendum arbitror, ſi pupillus ex contractu ab extraneo, cui ipſe hæres extitent conveniatur, ita intelligo *l.* 3. §. *ult. quib. ex cauſ. l.* 1. §. *fin. de cur. bon. dand.* & ita obſcuram hanc juris partem expendendam crediderim, omiſſis quæ obſcura deciſione tradunt Cujac. *lib.* 57. *Paul. ad*

edict. in dict. l. 6. §. 1. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. & 10. obſerv. cap. 37. Donell. *lib. 22. comment. cap. 11. & ibi* Oſſuald. *litt. Z. & P. cap. 13.*

36 Quas omnes obligationes, vel alienationes ideò locum habere *in dict. l. 3. §. 1. hoc tit.* Ulpianus aſſerit, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate, ſed ex Magiſtratus autoritate deſcendunt, & tanquam neceſſariæ dici non poſſunt, in alienationis prohibitione comprehenſæ *argumento l. 1. de fundo dot.* ubi ſi maritus damni infecti non caveat in dotalis prædii ruinam minantis poſſeſſionem à prætore vicinus mitti poteſt, & ex ſecundo decreto poſtea prædium poſſideri juberi, ejuſque bonitarius Dominus conſtitui, quià hujuſmodi alienatio quæ neceſſaria eſt, non voluntaria à legis Juliæ prohibitione ſubducitur. Sed dices ubi damni infecti per contumaciam tutor vel curator non cavet, quæ ex ſecundo Prætoris decreto deſcendit, alienatio voluntaria omninu reſpectu tutoris vel curatoris eſt, debetque in alienationis prohibitione comprehendi; antecedens probabis ex ad rem ignoto textu *in leg. 53. §. item ſi 6. de legat.* 1. ubi docet Ulpian quod ſi legatas ædes ex eo quod damni infecti cavere voluerit hæres, ex ſecundo Prætoris decreto à vicino poſſideri paſſus ſit, eo nomine actio ex teſtamento legatario teneatur: ergo quæ propter damni infecti non præſtitam cautionem ex ſecundo decreto Prætoris contingit alienatio, cavere nolentis reſpectu voluntaria citra dubium eſt, conſequentia probatur, nam alioqui ſi neceſſaria eſſet alienatio, hæres omnino non tenetur *l. 2. de uſufruct. legat. l. 22. §. 3. verſ. quod ſi ad Trebellianum* junctis quæ dixi *in Academ. de uſucap. cap. 5. num. fin.* Rurſus etſi quæ ex Prætoris autoritate obligationes aut alienationes deſcendunt, voluntariæ non neceſſariæ eſſent, adhuc ſubſiſterent, cum illæ dumtaxat prohibeantur, quæ inconſulto Prætore procedunt, fruſtra ergo Ulpianus, quæ ex decreto obligationes aut alienationes deſcendunt, ideo ſubſiſtere ſcribit, quia neceſſariam cauſam præ ſe ferunt. Primæ difficultati reſpondeo, quod etſi damni infecti nomine per contumaciam tutor, aut curator non caveat, quæ ex ſecundo Prætoris decreto contingit alienatio, quamvis ex tutoris aut curatoris culpa deſcendat neceſſaria reſpectu Prætoris eſt, qui nec aliter vicino proſpicere, aut tutoris vel curatoris contumaciam compeſcere poteſt, qui in eo etiam plectendus erit, aut damnum quod minori ex ſecundo decreto contigerit reſarcire teneatur, quod ſolum deſumi poteſt *ex dict. l. 53. §. 6. de leg.* 1. & per argumentum à contrario ſenſu probat textus *in leg. 16. verſ. plane de fund. dot.* junctis quæ dixi in *Academ. de uſucap. cap. 5. num. 5. in fin.* unde cum tutoribus & curatoribus obligationes aut alienationes quæ ex neceſſaria cauſa deſcendunt exercere non prohibeatur, ut latè jam vidimus, idem ſine dubio debet Prætori, vel competenti alii magiſtratui licere. Secundæ difficultati reſpondeo, Prætorem aut provinciæ Præſidem ſolum ex æris alieni cauſa, quoties in judicio creditores non urgent, obligationem aut alienationem permittere, ex cæteris autem cauſis eas ſolum obligationes aut alienationes rectè decernere quæ neceſſariam cauſam continent, & ideo Ulpianus *in præfata l. 3. §. 1. hoc tit.* ut præfatas obligationis aut alienationis ſpecies, etſi à Prætore citra æris alieni cauſam orationis verbis expreſſam decernantur, utiles eſſe demonſtret, ad eam merito rationem recurrere, quod ſcilicet ex neceſſaria cauſa deſcendunt, quæ efficit ut non modo à Prætore, verùm & ab alio competenti Magiſtratu quocumque poſſint exerceri. Ex quibus omnibus, & ex eo præcipuè quod diximus minoris bona etiam alienari prohibita, ex judicati cauſa pignori rectè capi; dicitur & infertur, quod & hodie minor ſine tutoris decreto poterit concurſus judicium quod tanquam præventitium & præſervativum ad evitandas creditorum moleſtias jam pridem Hiſpana praxis admiſit liberè inter ſuos creditores formare, nec enim ideo bonorum dominium ſtatim admittit, aut creditoribus ſolvit, ſed id agit ut de creditorum juribus & prælationibus primo ordinario judicio cognoſcantur, mox deinde graduationis ſententia proferatur ad cujus executionem bona etiam alienari prohibita in aliorum defectum judex pignori rectè capit & diſtrahit *ex regula l. 3. §. 1. hoc tit. l. 15. §. fin. de re jud. l. 1. C. de præd. & al. reb. min.* ut latè & eleganter quamquam ſuperioribus fundamentis non expenſis docet Salgado *in Labyr. credit. 1. part. cap. 1. §. 2. & præcipuè ex n. 6. & 39.*

Nec ſolum ex æris alieni cauſa ſed ex aliis 37
Prætori aut Provinciæ Præſidi decernere alienationem permittit, veluti ex dotis cauſa propter publicam nuptiarum utilitatem *l. 22. C. de admin. tut.* quod ita *in leg. non tantum 7. de tutor. & curator. dat. & in leg. mulier. 28. C. de jur. dot.* dicitur minorem mulierem generali aut ſpeciali curatore autore tradere res ſuas ex dotis cauſa marito poſſe, vel de rebus alienandis non prohibitis vel in decreti ſuppoſitione debet intelligi, quorum ſecundum ſupponi neceſſe eſt *in l. Titia 62. de jur. dot.* ut prævidit Cujac. *ibi 5. reſponſ. Modeſtini* quem ſequitur Narbona *de ætate ann. 25. quæſt. 14. num. 5.* qui *num. 11. & 12.* in eadem ſuppoſitione mirificè accipit *l. ſivè 61. §. 1. eod.* cujus initio Prætoris decretum ſupponendum eſſe contendit ultimis illis verbis ſubnixus: *tunc officium eſt curatoris apud eundem intercedere judicem qui eum conſtituit, ut iterum ei cauſa agnita, etiam viro abſente permittat rerum venditione celebratâ dotem conſtituere*, ſed & donationis propter nuptias cauſa propter publicam utilitatem, alienationem minori permittere Prætor aut provinciæ Præſes poteſt *l. 22. C. de admin. tut. l. fin. verſ. excepta C. ſi major. factus alien.* &c. quod tamen tutoribus aut curatoribus ſine Prætoris aut Præſidis decreto non licet *l. 8 C. de præd. & al. reb. min.* ad quam juris partem exiſtimo *l. 8. C. de donat. ant. nuptias* ubi aſſerunt Imperatores quod ſi major viginti quinque annis ſponſæ ſuæ ante matrimonium fundum donavit, eamque in vacuam poſſeſſionem induxit, eundem fundum poſtea nullo titulo inter vivos aut teſtamento poteſt alienare, ſatis ergo à contrario ſenſu ſignificant, quod ſi minor viginti quinque annis ſine Prætoris vel Præſidis decreto ſponſæ ſuæ ante nuptias fundum donaſſet, quamvis

Digitized by Google

eam in vacuam induxiſſet poſſeſſionem, eundem poſtea fuodum adhibito decreto poſſet alienare, dominium quippe propter juris interdictionem in ſponſam tranſtuliſſet, quod ideò ex decreto poſtea alienare poſſet. Nec contrarium Imperatores iidem deciduut *in leg. 1. C. ſi adverſ. donat.* ubi quod dicitur res aote nuptias à minore viginti quinque annis ſponſaliorum tempore congruenti moderatione præſente curatore donatas revocari per in integrum reſtitutionis beneficium ætatis ratione non poſſe, de his rebus, quæ temporibus eorum Imperatorum comprehenſæ in alienationis prohibitione nòn erant, intelligi omoioo debere cum judicio *in marginibus ad eum textum* Gottoffred. advertit. Nec credant aili hodie poſt novam Juſtiniani Sanctionem *in auth. dos data C. de donat. ante nupt.* quâ eautum eſt ut maritus ex quo dotem acceperit ad donationem propter nuptias ejuſdem quantitatis in uxorem conſerendam obſtringatur, res etiam alienari prohibitas à minore viginti quinque annis marito ſine Prætoris, aut Præſidis decreto propter nuptias ſponſæ vel uxori poſſe donari, cum jam propter nuptias donatio non voluotariæ ſed neceſſariæ alienationis ſpecies ſit, & ita ex ſæpius dictis in alienationis prohibitione oon comprehenſa. Verius namqoe exiſtimo cum Barboſa *in leg. ſi conſtante 24. ſolut. matrim. num.* 123. adhoc poſt ſuperiorem conſtitutionem res alienationis prohibitione contentas à minore ætate, marito, ſponſæ vel uxori propter nuptias donari non poſſe ſine decreto, quia licet maritus minor ad exercendam propter nuptias donationem teneatur, non tamen ex bonis alienari prohibitis eam exercere tenetur, quod ſufficit ad boc, ut ſine decreto res alienari prohibitas propter nuptias donaverit voluntariè, & inutiliter propter juris prohibitionem donaſſe dicatur, & ut Prætoris aut Præſidis decretum exigatur, cujos erit cauſæ cognitione præhabita, diligentique executione facta earum etiam rerum, quæ aliàs alienari ſine decreto nequeunt *l. 5. C. de prad. & al. reb. min.* & generaliter ex æris alieni cauſa citra decretum expediri obligationes alienationesve non poſſunt in aliarum defectum propter nuptias donationem permittere, quemadmodum & vidimus quod minor creditoribus ſolvere omuino tenetur, & tamen res alienari prohibitas in ſolutum dari ſine decreto non poſſunt *dict. l. 1. §. 2. cum ſimilibus.*

38 Propter ſtrictum etiam ſauguinis vinculum, & commiſeratioois rationem ut egenis minorum matribus aut ſororibus ad victum neceſſaria ſubminiſtrentur obligationem & alienationem permittere Præſes provinciæ aut Prætor poteſt *l. 1. §. 2. verſ. ſed nudo de tut. & ration. diſtrah.* Sed obſtat, hujuſmodi obligationes & alienationes ex neceſſaria cauſa deſcendunt, adeo ut ſi ejuſmodi officia nimirum minor matribus vel ſororibus ad victum neceſſariæ ſubminiſtrandi prætermiſerit tutelæ judicio eo nomine teneatur *dict. l. 1. §. 2.* dici ergo nequeunt in alienationis prohibitione comprehenſa ut in terminis Juſtinianus decidit *in leg. 4. Dig. ubi pupil. educ. deb.* cum expreſſe & citra Magiſtratuum decretum egenam minoris ſororem alere & liberalibus artibus inſtituere tutor poteſt, unde *in l. 13. §. cum tutor 21 & fin. de tut. admin. tutor. & ration. diſtrah.* nollâ decreti factâ mentione egenis minorum matribus aut ſororibus ad victum neceſſaria ſubminiſtrare, & conſanguineis minorum ſororibus dotem præſtare tutorem poſſe legitimum. Cui difficultati reſpondeo quod quamvis rutor ex juris neceſſitate ſuperiores ſumptus erogare teneatur, non tamen ex bonis alienari prohibitis eos erogare compellitur, cum ex pecunia nomerata, vel ex rebus aliis alienari permiſſis, & tunc Prætoris aut Præſidis decreto non indigent juxta *l. 4. ubi pupill educ. deb.* io quibus eriam terminis commodè accipi poſſunt ab argumento textus alii in argumento adducti, in quibus nulla decreti fit mentio, at ex bonis alienari prohibitis erogare ſine decreto præſatos ſumptus nequit, imò adire Magiſtratum tenetut, cujus erit poſt plenam cauſæ cognitionem adhibitam, & diligentem facultatis executionem factam ex bonis alienari. prohibitis in aliorum defectum erogare hujuſmodi ſumptus permittere, textus ita intelligeodus *in dict. l. 1. §. 2. de tut. & ration. diſtrah.* quam doctrinam & inter ſe conciliandi præfata jura rationem, etſi apud oullum ex his quos viderim, invenierim expreſſe coofirmari puto ex antecedenti numero dictis.

39 Urgentiori ſanè ratiooe minoris alendi cauſa earum etiam rerum quæ ſunt alienari prohibitæ aliarum defectum alienationem, aut obligationem permittere Prætor aut Provinciæ Præſes poterit, quod tamen ex nuper dictis tutori vel curatori ſine decreto non licebit, quod enim dicitur *in l. 3. C. de adminiſt. tutor. & l. 2. C. de alim. pupil. praſt.* Sumptus io pupillum neceſſarios, & ex juſtis honeſtiſque cauſis factos, quamvis prætoris decretum non interceſſerit accepto in judicio tutelæ ferendos, quia quod tutoribus aut curatoribus erogatur juſtitia potius quam aliena autoritate firmatur, intelligendum de neceſſariis his ſumptibus arbitror, qui ex bonis fuerint alienari noo prohibitis erogati. Nec his omnibus opponuntur *l. ob æs 12. & fin. C. de prad. & al. reb. min.* dum aſſeront, quod ob æs alienum tantum alienationem aut obligationem Prætor aut Præſes permittete poteſt, nam vel de Severi oratione vel Conſtantini conſtitotione tractatur, ſi de Severi oratione, vel ejus verba, vel mentem & ſententiam attendimus, ſi verba, expeditum eſt, ob æs alienum duntaxat alienationem ſeu obligationem admittere Prætorem aut Præſidem Proviociæ poſſe *dict. l. 1. §. 2. verſ. quod ſi hoc tit.* quo ſenſu exaudiendos textus *in dict. l. 12. & fin. C. de prad. & al. reb. min.* docet Cujacius *5. reſponſ. Modeſt. in dict. l. 62. de jur. dot. & ad tit. Codicis de admin. tut.* ſi autem orationis mentem & ſententiam inſpicimus ex dotis aut propter nuptias donationis cauſa propter publicam nuptiarum utilitatem, & alimenta minoribus aut egenis eorum matribus aut ſororibus miniſtrentur, alienatiooem aut obligationem permittere Prætor aut Provinciæ præſes poteſt; aut de Conſtantini Conſtitutione tractatur, & ex ipſis ejus verbis quæ extant *in dict. l. 22. C. de admin. tut.* Prætorem vel Præſidem propter nuptias donationis vel dotis cauſâ alienationem ſeu obligationem permittere poſſe conſtat, & ſimiliter & ejus mente egenis minorum matribus aut ſororibus alimenta miniſtrandi cauſa alienationem

ſeu

ſeu obligationem permittere à Prætore, vel Præſide poſſe dicendum eſt.

40 Sola autem minorum utilitas à Prætore ſeu Præſide permittendæ alienationis ſeu obligationis cauſâ ſufficiens non eſt in communiori & veriori ſententia, quam expreſſe probant *dict. l. 5. §. ſi as 14. & l. 13. hoc tit.* Sed obſtat quod ſi minorum utilitas ſufficiens alienationis permittendæ cauſâ non eſſet, quæ in minorum favorem alienatio fuit inducta in præjudicium eorum verteretur contra *l. 6. C. de legib.* Rurſus Eccleſiarum utilitas ſufficiens permittendæ alienationis cauſa eſt *auth. item prædium C. de ſacroſ. Eccleſ.* ergo & minorum utilitas juſtam alienationem efficiet *arg l. 4. §. 8. verſ. nec comparandis de manumiſ.* Hoc ipſum à ſimili probari videtur *ex l. cum 8. §. eam 6. & ult. de tranſact.* & ſuper alimentis teſtamento relictis ex oratione Divi Marci inconſulto Prætore tranſigi nequeat, ea tamen tranſactio, quæ utilitatem affert legatario ſeu per quam melior conditio legatarii efficitur etiam ſine Prætoris decreto facta ſubſiſtit, ergo & utilem minoribus alienationem tutores vel curatores etiam ſine decreto expedire recte poterunt, quin adverſus Severi orationem aut Conſtantini conſtitutionem quidquam ideò feciſſe videantur. Verum reſpondeo propter ſolam utilitatis rationem ideò à magiſtratu permitti alienationem non poſſe, ne alias liberum diſtractionis arbitrium Magiſtratui permiſſum videatur *dict. l. 5. §. 14. hoc tit.* dum ſcilicet facile utilitatis rationes pertegerentur, & quia utilitatem ſi quam tunc temporis ex diſtractione ſentire minor potuiſſet, major deinde factus, & diſtrahens ſecurius percipiet, cujus ſpeciei ratio etiam in furioſo & prodigo militat, quo poſſunt etiam ſanæ mentis effici vel ſaltem in eorum hæredibus, in quo deceptum video ſubtilem aliàs Caldas Pereyra *in l. 3. C. de in integ. reſtit.* verbo *contractum feciſti num. 14.* in Eccleſia autem deficit, eujus ſicuti mutari ſtatus nequit aut conditio, ita & prædium propter ſolam utilitatis rationem poteſt alienari permitti *dict. auth. item C. de ſacroſ. Eccleſ.* Nec ideo in favorem minorum introducta alienationis prohibitio in eorum flectitur præjudicium: poſſunt namque minores ubi ad legitimam ætatem pervenerint alienationem etiam ſine decreto factam ratam habere *l. 1 & per tot. C. ſi major fact. alien. &c.* Cum tamen is qui à minore rem alienari prohibitam acceperit, inutilem alienationem dicere nunquam poſſit argumento *l. 13. §. ſi quis à pupillo 29. de act. empti* ut quarto capite dicemus forſan larius. Nec tandem obſtat textus *in dict. l. 8. §. 6. & ult. de tranſact.* Nam omiſſis quæ cum pluribus tradit Caſtillo *tom. 4. controv. cap. 61. num. 41.* Reſpondeo D. Marci orationem eam tantum tranſactionem ſuper alimentis teſtamento relictis inconſulto Prætore factam improbare, quæ eò tendit ut legatarius repræſentatam pecuniam conſumat. *dict. l. 8. in prin* ideoque tranſactionem quæ non eo tendit ut legatarius repræſentatam pecuniam conſumat, ſed meliorem efficit ejus conditionem *in dict. l. 8. §. 6. & fin.* propter rationis finalis defectum prohibitam non cenſeri. Severi autem orationem & Conſtantini conſtitutionem ex certis tantum, & expoſitis jam cauſis aliquando tutoribus & curatoribus alienare permiſiſſe, aliquando Prætori vel Præſidi ut alienationem permitterent conceſſiſſe, quarum numero minorum utilitas nequaquam Regio noſtro jure per ſe ſola ſufficiens ex judicis decreto permittendæ alienationis ſit cauſa *l. 4. tit. 5. part. 5.* ubi plures congeſſit Hermoſilla *Gloſſa 5. num. 1.* quibus & caput hoc libenter exſolvimus. Hunc Commentarium coacti ſuſpendimus, utinam in Dei omnipotentis laudem & veſtram utilitatem.

CAPUT TERTIUM.

Qui Magiſtratus, quomodo, & qua cauſa cognitione prahabita poſſint eorum, qui ſub tutela, vel cura ſunt, rerum alienationem, aut obligationem decernere. Quæ diſtractionis ſit ſolemnitas, & quæ decreti poteſtas?

CAſus jam omnes & decreto permiſſionis 1
quæ diſtractionis aut obligationis eorum qui ſub tutela, vel cura ſunt, rerum congeſſimus, nunc à quibus, & quomodo decretum poſſit decerni, quæ ſit ſolemnitas diſtractionis, & quæ decreti poteſtas breviter ſuccedit inveſtigandum, & in veſtibulo tamquam exploratum ſupponimus ſupremum Principem, qui legibus ſolutus eſt *lege Princeps 31. de legibus* non modo ex cauſis in Severi, & Conſtantini conſtitutione contentis, ſed & propter ſalutem, utilitatem, aut probabilem aliam rationem alienationem ſeu obligationem ex reſcripto jure promittere *juxta leg. 2. Cod. quando decreto opus non eſt.* Cujus generalem ſententiam generaliter ita accipi debere conſtat, *ex leg. 2. hoc titulo* & ex his quæ pro ejus explicatione dixi *antecedenti capite num. 15.* hic iterum intelligo ad alia ſæpe jam expenſum textum *in leg. ſi fundus 13. hoc titulo.* Ubi cum tutores, vel curatores minoris fundum, quem ſterilem, ſaxoſum, aut peſtilentem allegabant, alienare ob eam rem deſiderant, non magiſtratum, ſed Imperatores ipſos adierunt credentes, & recte ob eam cauſam, quæ ſolam minoris utilitatem præ ſe ferebat ſolis Imperatoribus qui ſupra leges ſunt, non etiam Magiſtratibus quorum, ut ita dicam, adſtricta interdictionis vinculis religio eſt, alienationis permittendæ eſſe jus. Nec obſtat quod Imperatores in reſcripto cujus verba refert Paul. *in dict. leg. 13.* hujuſmodi cauſam ad permittendam, alienationem movere ſe non poſſe fatentur, nam præterquam quod boni Principes legibus quibus ſoluti erant, parere conſueverunt, majus Imperio exiſtimantes legibus ſubmittere principatum *leg. 4. Cod. de legibus.* Quo ſenſu exaudiendum vulgare illud Plinii in Panegirico ad Trajanum, *non eſt Princeps ſupra leges ſed leges ſupra Principem* admonuit Fab. *in Papin. titulo 2. princip. 8. illat. 2.* Severus & Antoninus quorum reſcriptum illud primi eorum qui ſub tutela, vel curâ ſunt rerum diſtractionem, ſeu obligationem prohibuerunt quam ideo tenaciter cuſtodire, nec propter ſolam utilitatis rationem relaxare voluere, ut ſubditis, quibus cauſam tulerunt exemplo præirent, ut aiebat Plin. ubi nuper *vita Principis perpetua cenſura eſt, ad hanc dirigimur, nec tam Imperio quam exemplo nobis opus eſt*, quam rem ex Sacris & profanis litteris mirificè illuſtrat utriuſque Hiſpanici

Digitized by Google

orbis ſplendor D. Joan. Solorzano *in jus emblematibus regio politicis , emblemat. 9. per totum* accedit , quod Severus , & Antonin. Tenaces adeo in cuſtodiendis etiam anteriorumPrincipum conſtitutionibus fuere , ut in hanc ſententiam ſæpiſſimè reſcripſiſſe ferantur. Licet legibus ſoluti ſumus , legibus tamen vivimus. Referente Juſtinian. *in §. fin. Inſtit. quibus mod. teſtamenta infirm.* Nihil ergo mirum , quod quam ipſi alienationis prohibitionem induxerant , infringere propter ſolam utilis rationem noluerint. Sed dices, reſcriptor Principis alienationem permittens ad inſtar decreti magiſtralis ſe habere dicitur *dict. leg. 2. quando decreto opus non eſt* , Sed Magiſtratus ex ſolis cauſis in prohibitione contentis , aut ſimilibus aliis , in quibus rationis identitas verſatur alienationem ex decreto jure permittit , ut vidimus *antecedenti capite num.* 31. Ergo nec ſupremus Princeps ex aliis cauſis poterit ex reſcripto alienationem jure permittere : verum in promptu ſolutio eſt , quod dicitur reſcriptum, ad inſtar decreti Magiſtratus accedere , capiendum ita eſt, ut Principis reſcriptum firmam non minus alienationem efficiat etiam ob cauſas in prohibitione non expreſſas ac magiſtratus decretum quoad cauſas in prohibitione expreſſas , ſi plena cognitio præceſſerit, cum ſupremo Principi pluſquam privato magiſtratui licere in hac re , ſicut & in aliis oportere negari nequeat.

2 De Magiſtratibus autem ſi quæratur, quinam ex juſtis cauſis poſſint eorum qui ſub tutela vel cura ſunt,rerum alienationem,vel obligationem decernere , tenendum firmiter eſt non aliis alienationis decernendæ jus eſſe quam quibus Severi oratione id nominatim conceſſum eſt , veluti Prætori in urbe , & in Provinciis Præſidibus earum; nam licet orationis verba quæ extant , *in leg.* 1. §. 2. *hoc titulo* de Urbano ſolum Prætore loquuntur , id etiam in Provinciis earum Præſidibus conceſſum eſt , & quidem vel orationis verbis , quæ diminuta nec integra forſan referuntur *in dict.* §. 2. vel Saltem in alia Severi & Antonini conſtitutione , ut conſtat ex *leg. 1. Cod. de præd. & aliis rebus minor.* Ubi Imperator Antoninus minorum prædia niſi Prætoris aut Provinciæ Præſidis autoritas intercedat , alienari prohibita expreſſè reſcribit, ut probant præterea textus ad Severi orationem ſpectantes , & Provinciarum Præſidibus hanc eandem facultatem tribuentes *leg.* 2 §. 1. *de officio ejus cui mandata , &c. leg. 9. §. ſi prædia* 11. *hoc titulo leg. 2. Cod. de curat. furioſi. leg. 3. §. 6. leg. ob æs 12. & 13. leg. ſi prædium 16. Cod. de prædiis, & aliis rebus minor. leg. 1. & 3. Cod. quando decreto opus non eſt leg. 1. & 2. Cod. ſi major factus alienationem fact.* & hinc is cui Prætor, vel Provinciæ Præſes juriſdictionem ſuam mandaverit interponere hujuſmodi decretum nequit. *dict. leg. 2. §. 1. de offic. ejus cui mand. &c.* nam ea tantum quæ Magiſtratus jure competunt mandata juriſdictione transferuntur , ut pro generali regula tradit Papin. in *dict. leg. 1. eod. tit.* hujus autem decreti interponendi facultas Prætori , vel Præſidi Provinciæ non Magiſtratus jure competit , ſed Principis oratione tribuitur , ideoque mandata juriſdictione transferri nequit,quæ doctrina, ut plura alia exempla omittam,quæ *in dict. leg. 1. lib. 1. quæſtionum Papin.* eleganter Cujac. congeſſit ex eo à ſimili roboratur , quod quia ex oratione D. Marci, de qua *in dict. leg 8. de transactionibus* ſuper alimentis teſtamento relictis tranſactio fieri ſine decreto Prætoris aut Provinciæ Præſidis nequit, cujus expediendi facultas Prætori vel Provinciæ Præſidi non Magiſtratus jure competit , ſed Principali conſtitutione tribuitur , is cui à Prætore , vel Præſide fuerit mandata juriſdictio de tranſactione cognoſcere ſuper alimentis titulo relictis nequit, adeo ut nec ex hujuſmodi cauſa juriſdictionem mandare Prætor , aut Provinciæ Præſes poſſit *leg. 8. §. nec mandare 18. de tranſactionibus.* ergo nec ad decretum ſuper eorum qui ſub tutela vel cura ſunt , rebus diſtrahendis , vel obligandis interponendis juriſdictionem ſuam ſpecialiter mandare Prætor aut Præſes Provinciæ poterit. Hoc idem ita amplius declaratur: ea magiſtratui jure Magiſtratus ſeu quatenus Magiſtratus quilibet ex vi ſui officii habet , ſive propterea creatus ab initio ſit, ſive ea more majorum obtineat ,& hæc , quia inſunt Juridictioni, ea mandata tranferuntur , ea autem Magiſtratui non Magiſtratus jure competunt , quæ ipſe ex vi officii ſui non habet , quia nec ad ea creatus fuit, nec ex more majorum obtinet , ſed ex ſpeciali lege Senatus Conſul. aut Principum conſtitutione ipſi conceſſa poſt modum fuerunt, quæ cum juriſdictioni ſtrictè & propriè ſumptæ non inſunt , ea mandata non transferuntur *dict. leg. 1. de officio ejus cui mandat...* quam ita explicat Vinnius *in tractatu de juriſdictione cap. 5 num. 3. cum ſequenti.* Secundæ autem hujus ſpeciei procul dubio eſt ad alienationem ſeu obligationem decreti interponendi poteſtas , nec enim Prætori aut Provinciæ Præſidi ex vi ſui officii aut Magiſtratus jure competit cum , nec Prætor , nec Provinciæ Præſes ad hujuſmodi decretum interponendum creati ab initio fuerint, nec majorum more eam autoritatem obtineant , ut ex eo conſtat manifeſtè , quod multo ante Severum & Antoninum creati Prætor , aut Provinciæ præſides fuere , nec tamen ante eorum Principum tempora adhuc majorum more eam poteſtatem habuere, quam ex demùm latæ ab his Principibus orationis noſtræ tempore ex ſpeciali eorum conceſſione , & quaſi adventitio , ſeu extraordinario jure acceperunt , & quam ideò nec ſpecialiter poſſe mandari nec generaliter mandata juriſdictione poſſe transferri manifeſtum eſt.

Sed triplex nunc inſurgit difficultas. Prima, 3
nam eodem modo Urbano Prætori aut Provinciæ Præſidibus , earum & alii cuilibet Magiſtratus juriſdictionem habentis alienationis vel obligationis eorum qui ſub tutela vel cura ſunt rerum decernendarum jus eſſe diſerti probant textus *antecedenti capite* jam adducti *num.* 34. *cum duobus ſequentibus in leg. 9. in principio de minorib. lege 3. §. quid ergo Cod. de contrac. util. act. lege 1. cod. ſi adverſus vend. pign. leg. 1. Cod. de prædiis , & aliis rebus minorum* , & poſt Conſtantinum id ſaltem expeditum videtur, cum idem in *leg. ea quæ 12. Cod. de adminiſt. tutorum* quibuſvis magiſtratibus eam facultatem concedat in eis verbis , *per inquiſitionem judicis* quibus verbis majores , etiam quoſlibet Magiſtratus ſignificari dicebam 1. *cap. num.* 37. præſertim,cum in præſenti ea appellatione pedaneos judices juridictionis expertes , & qui proprie

tales dicuntur , & tradidit Cujac. 1. *quæſtionum Papiniani in leg. 5. de officio Proconſ. & legati* contineri non poſſe pluſquam manifeſtum ſit. Secunda, nam ubicumque cauſæ cognitio eſt, ibi Prætor deſideratur, ut pro regula generaliter tradit Paul. *in leg. ubicumque* 105. *de reg. jur.* Sed ad alienationem, ſeu obligationem decernendam prævia cauſæ cognitione opus eſt, & poſtea dicam, ergo alienationis, ſeu obligationis decernendæ poteſtas, Urbano tantum Prætori, nec etiam Præſidi Provinciarum competit. Tertia, nam is cui à Prætore vel Præſide mandata eſt juriſdictio, prætoris jure fungitur *leg. 3. de officio ejus cui mand. leg. ſolet* 16. *de juriſdictione* Sed quiſquis prætoris, aut præſidis vice fungitur, ad alienandas minorum, & ſimilium facultates interponere decretum poſſe expreſſe dicitur *leg. 2. de officio ejus qui vicem alicujus*, ergo is cui Prætor vel Provinciæ Præſes ſuam juriſdictionem mandaverit hujuſmodi decretum interponere non prohibetur.

4 Parum tamen, ſuperioribus principiis hæ difficultates obſtant quarum primæ ſolutio *ex antecedente capite dictis num. 34. cum ſequentibus* derivatur textus in argumento expenſi, de neceſſariæ alienationis, ſeu obligationis ſpeciebus loquuntur quæ cum ex orationis mente, & ſententia comprehenſæ in ejus prohibitione non ſint, non modo Prætoris au Provinciæ Præſidis, verum & cujuslibet alterius Poteſtatis, ſeu competentis Magiſtratus juſſu poſſunt utiliter exerceri, quod autem diximus prætori tantum, aut præſidi provinciæ decreti interponendi jus eſſe, locum habet, cum alienatio ſeu obligatio ex alieni æris, dotis, propter nuptias donationis aut alimentorum cauſâ procedit, nec aliud conſtituit Conſtantinus. *dicta leg. 22. de adminiſtratione tutorum*, ubi generali alias judicis appellatione prætorem tantum, aut provinciæ præſidem juxta materiam ſubjectam denotari, ut ipſius textus ſeries oſtendit, in quo Severi, & Antonini orationem ad res omnes quæ ſervando ſervari poſſunt Imperator extendit intactas, & illibatas reliquas ejus partes relinquens, ut conſtat ex illis verbis. *Niſi hac forte neceſſitate & lege, qua ruſticum prædium atque mancipium vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in præteritum licebat ſed per inquiſitionem judicis, &c.* Et ex eo inſuper & convincenter probatur, quod Conſtantinus idem *in leg. fin. Cod. de præd. & aliis reb. minor.* à Conſtantino tantum prætore in urbe Conſtantinopolitana decretum imponi debere reſcribit. Cum tamen alii etiam tunc temporis eſſent in eadem urbe prætores, ut advertit Cuiac. 7. *obſerv. cap.* 33. cum ergo Conſtantinia ſolum in urbe prætori eam poteſtatem conceſſerit, non quibuſvis Magiſtratibus de iiſdem tantum, quorum in principiis Severi, & Antonini oratio meminerat, earum etiam Præſidibus eam tribuiſſe dicendus eſt; Secunda minus urget difficultas, nam *in dict. leg.* 105. ubi habetur, quod ubicumque cauſæ cognitio eſt, ibi prætor deſideratur uti docent Cuiac. & Petr. Fab. Prætoris nomine etiam provinciarum præſides, & alii etiam populi Romani Magiſtratus deſignantur, qui poſſint pro tribunali cognoſcere, & hi tantum Judices excluduntur qui cum tribunali careant, cognoſcere pro tribunali non poſſunt; nec tamen inde inferas magiſtratus omnes qui poſſunt pro tribunali cognoſcere ad permittendam alienationem ſeu obligationem decretum jure interponere, quod enim dicitur, ea quæ cauſæ cognitionem deſiderant à quolibet magiſtratu qui pro tribunali poſſit cognoſcere utiliter expediri, in his obtinet, quæ magiſtratui jure Magiſtratus competunt, veluti in inſtitutionibus in integrum & decretalibus bonorum poſſeſſionibus elargiendis *leg. 3. de in integr. reſtitutione leg. 3. §. ſi cauſa 8. de bonor. poſſeſſ.* non in his, quæ cum cauſæ cognitionem deſiderant, quibuſdam magiſtratibus non ex vi officii competunt, ſed ex ſpecialis legis ſenatus conſulti aut principis conſtitutionis conceſſione tribuuntur quæ à magiſtratibus aliis etſi poſſint pro tribunali cognoſcere, expediri ex defectu conceſſionis nequeunt, & ideo decernendæ alienationis poteſtas quæ Prætori aut Præſidi non ex vi officii competit, ſed ex ſpeciali orationis conceſſione tribuitur, etſi maximè cauſæ cognitionem deſiderat, magiſtratibus aliis etiam qui poſſint pro tribunali cognoſcere ex conceſſionis defectu non competit.

Nec contraria tandem tertia difficultas obſtat, nam ut prævidit Cujac. *dict. lib. 1. quæſtionum Papin. in dicta leg. 5. de officio Proconſulis & ad titul. Cod. de officio ejus, qui vicem alicujus &c.* duplici via poteſt quis Provinciæ Præſidis vice fungi, aut quia mandatam ab eo juriſdictionem ſuſceperit, & tunc ex jam dictis decernendæ alienationis aut obligationis nullum obtinet finem *leg. 2. §. 1. de officio ejus, cui mandat.* aut quia propter Præſidis obitum aut abſentiam ab ipſo Principe, vel à Præfecto Prætorio qui vice ſacræ poteſtatis judicabat, & rem publicam moderabatur *leg. un. §. 1. de officio præf. prætoris.* ad tempus regendam provinciam ſuſceperit. qui licet demortui, vel abſentiæ Præſidis vi cujus locus ſufficitur, vicibus fungi dicatur, *leg. 1. Cod. de Pedan. judicibus leg. 3 Cod.* ubi cauſæ fiſcalis *l. 2. Cod. de Pæn.* quia tamen non à Præſide mandatam, ſed ordinariam à Principe Juriſdictionem ſuſcepit, ea omnino poteſt interim exercere, quæ Præſidi licerent, quamquam non Magiſtratus jure ſed ex ſpeciali competant conceſſione, neque poſſint mandata juriſdictione transferri, ut ecce qui in hoc ſenſu Provinciæ Præſidis vice funguntur, ut tutorem dare, & in exilium condemnare poſſe dicitur, *in leg. 1. in princip. de tutor. & curat. dat. & leg. 2. Cod. de pœnis.* cum tamen hæc duo nec ſpecialiter poſſint mandare, nec generaliter mandata juriſdictione tranferri *dicta leg. 1. de officio ejus cui mandat. leg. 8. de tutor. & curator. datis leg. 8. §. tutoris 2. de tutelis* docet Cujac. 19. *reſponſ. Papiniani in leg. ex conſenſu* 23. §. 1. *de appellationibus*, qua diſtinctione retenta facile intelligitur textus, *in dict. leg. 2. Cod. de officio ejus qui vice alicujus &c.* ubi de his Theodoſius & Valentin. expreſſè loquuntur, quibus vel ab ipſo Principe, vel à Prætorio Præfecto provincia regenda committitur qui Præſidum quidem vice funguntur, eorumque locum obtinent, ſed qui non mandatam ſed propriam exercent juriſdictionem tutores, vel curatores petentibus dare, decretum etiam interponere ad alienandas minorum, ſimiliumque eis perſonarum, ſeu cu- 5

tialium facultates & emancipationis quoque le-
gibus celebrare, & in ſumma ea omnia quæ
ad juriſdictionem Rectores Provinciæ pertine-
rent, ſive magiſtratus jure, ſive ex ſpeclali
conceſſione competant, exercere non prohi-
bentur.

Habemus jam ſolum in urbe Prætori & in
Provinciis earum Præſidibus alienationis, ſeu
obligatiouis decernendæ facultatem competere,
nec tamen ex eo credat aliquis indiſtinctè Præ-
torem, aut Provinciæ præſidem interponete de-
cretum poſſe, nam licet interponendi decreti
poteſtas juriſdictioni ſtrictè, & propriè non
inſint, utriuſque tamen Magiſtratus juriſdic-
tinnis ratio habetur argumento textus *in* §. 4.
inſt. de Attil. tut. leg. 6. § 2. *de tutelis* junc-
tis quæ pro eorum jurium conciliatione tradit
Faber *in Papir. titulo* 13. *de tutelis prin.*
1. *illat.* 14. ita ut nec prætor, nec provinciæ
præſides poſſint in decernendo alienos limites
propriæ juriſdictionis excedere, & manum in
alienam porrigere, hinc anxiè inter interpre-
tes controvertitur quonam modo prætoris aut
præſidis ſit æſtimanda juriſdictio? habito reſ-
pectu ad eos qui ſub tutela vel cura ſunt eo-
rumvè tutores aut curatores? an ad bona, de
quorum alienatione aut obligatione tractatur?
in qua re quatuor, & ex diametro oppoſitæ
ſententiæ circumferuntur. Prima tenet ad bona,
de quibus alienandis, vel obligandis decerni
deſideratur, habito reſpectu prætoris, vel præſidis
æſtimandam juriſdictionem, ita ut is qui in eo
territorio juriſdictionem obtinet, ſolus decre-
tum interponere poſſit; ita antiquiores nonnul-
li relati à Caldas Pereira *de emptione & ven-
ditione cap.* 14. *num* 13. & 14. & Hermoſil-
la *in leg.* 4. *titulo* 5. *part.* 5. *gloſſa* 8. *num.*
3. qui moventur tum *ex leg.* 16. *Cod. de præ-
diis & aliis rebus minor.* ibi *ſine decreto pro-
vinciæ Præſidis in qua ſitum eſt, vinum de-
diſti tum* ex eo quod prædia in eo loco in
quo ſita ſunt, & facilius emptorem inveniant
& ſæpe ſupra juſtam extinctionem propter
vicinorum affectiones emantur. *l. ſi cui* 54. *de
legat.* 2. quod ſummè utile eſſe his qui ſub
tutela vel cura ſunt, ſicut nemo non videt, Secun-
da aſſerit non ad bona de quorum alienatio-
ne, vel obligatione tractatur, ſed ad eos qui
ſub tutela vel cura ſunt eorumvè tutores vel
curatores habito reſpectu exiſtimari Prætoris,
vel præſidis juriſdictionem oportere, ita Fab.
dicto titulo 13. *princ.* 7. *illat.* 87. *circa fin.*
Caldas Pereira *dict. cap.* 14. *num.* 18. & Her-
mnſilla ubi nuper *num.* 5. qui expendunt tex-
tum *in leg.* 5. §. *illud.* 12. *hoc titulo*; Tertia
tandem ad eos qui ſub tutela vel cura ſunt,
quam ab eorum bono circa quorum aliena-
tionem decretum deſideratur, reſponſum ha-
bendum affirmat, ita ut ſi ex competentibus
Magiſtratibus alter in eorum qui ſub tutela
vel cura ſunt, perſonas, alter in territorio in
quo rerum bona exiſtunt juriſdictionem obti-
neant, eorum quodlibet decretum interpone-
re poſſit; ita antiquiores aliqui quos refert,
& ſequitur Anton. Gom. *titulo* 2. *variar.* 14.
num. 17. moti. *ex dicta leg.* 5. §. 12. *hoc ti-
tulo & dict. l.* 16. *Cod. de prædiis & aliis re-
bus minor.* Quarta & ultima ad eos qui ſub
tutela vel cura ſunt, & ad eorum ſimul bo-
na habendum reſpectum contendit, ita tamen
ut ſi ex competentibus magiſtratibus a jus in
eorum qui ſub tutela vel cura ſunt perſonas,
alius intervenit in quo eorum bona exiſtunt,
juriſdictionem obtineat ad permutandam alie-
nationem ſeu obligationem utriuſque Magiſtra-
tus decretum exigatur; ita nonnulli quos re-
fert Hermoſilla ubi ſupra *num.* 5. & ſuppreſſo
nomine impugnat Fab. ubi nuper *illat.* 87. qui
moventur tum ex eiſdem juribus pro præce-
denti opinione adductis, tum ex paritate *leg.
juris* 32. §. 1. *de excuſ. tutor.*

In tanta interpretum varietate ſecunda ſen- 7
tentia placet, quæ non ad bona, quorum alie-
natione, ſeu obligatione tractatur, ſed ad eos
qui ſub tutela, vel cura ſunt, eorumvè tu-
tores, aut curatores habito reſpectu æſtimari
Prætoris, vel provinciæ præſidis juriſdictionem
oportere contendit, ita ut qui ex competen-
tibus magiſtratibus ei territorio in quo tutela
geritur ſolus poſſit decretum interponere, etiam-
ſi de bonis in alieno territorio exiſtentibus
alienandis, vel obligandis tractetur ut expreſ-
ſè Ulpian. decidit *in dict. l.* 5 §. 12. *hoc ti-
tulo*, ubi etiam Prætor poſſeſſionis, ſeu ruſtici præ-
dii Provincialis diſtractionem permiſerit, ita
demum decretum jure ſubſiſtere affirmat, ſi
tutela Romæ agebatur, & tutores quibus per-
miſſa diſtractio fuit, Provincialium etiam re-
rum adminiſtrationem ſuſceperant, eandem
præterea ſententiam & paritate confirmant, *l.
data* 27. & *l.* 30. *Cod. de donationibus*, in qui-
bus donationem apud eundem judicem pera-
gendam docemur, in cujus territorio donatio
fit, quamquam donatæ res in alieno extent
territorio, & ſequens juris confirmat ratio,
competens magiſtratus dum alienationem de-
cernit, tutoris quodammodo vice fungitur,
ejuſque munus exequitur, ergo ſolus is jure
magiſtratus alienationem decernit qui ei terri-
torio præeſt in quo, & tutor ipſe tutelam
gerit, & res quaſlibet pupillares niſi jus re-
pugnaret poſſet alienare, ſed tutor Romæ tu-
telam gerens, ſi quidem provincialium etiam
rerum adminiſtrationem ſuſcepit, ſi prohibitio
non adeſſet, pupillare prædium, quamvis in
provincia exiſtens alienare citra dubium poſ-
ſet, ſolus ergo magiſtratus jure alienationem
decernit, qui ei territorio præeſt, in quâ tu-
tela agitur, & ſi de bonis in alieno territo-
rio exiſtentibus alienandis tractetur, nec tunc
pro contrariis opinionibus adducti textus obſ-
tant, quod enim *in leg.* 16. *de prædiis, &
aliis reb. minor.* dicitur pupillare prædium
ſine Provinciæ Præſidis decreto, in qua ſitum
eſt, alienari non poſſe, intelligendum ita eſt,
ſi in ea provincia tutela geratur, nec magis
obſtat *dict. l.* 30. §. 1. *de excuſationibus tutor.*
Quoties enim de tutoribus, aut curatoribus
dandis diſceptatur, & originis & domicilii
minorum eſt, & territorii in quo eorum fa-
cultates exiſtunt habita ratione magiſtratuum
æſtimatur juriſdictio, ita ut minoris qui tam
Romæ, quam in provincia facultatem rerum
habeat, quæ Romæ ſunt, Prætor provincialium
autem Præſes poſſit tutorem, aut curatorem
dare *leg. pupillo* 27. *princ. de tut. & curat.
datis l.* 21. §. *licet* 2. *de excuſ. tut. l. unic.
Cod. ubi petant. tut.* vel poteſt etiam unus idem-
que tutor, aut curator minori à Prætore fa-
cultatibus quæ Romæ ſunt ſolum, earum au-

Digitized by Google

tem quæ in provincia ſunt ſolus præſes jure alienationem decernere, quemadmodum etſi juris ceſſaret prohibitio res, quæ Romæ ſunt, ſolus à Prætore datus tutor, provinciales autem ſolus à præſide datus poſſet alienare propter diviſam inter eos facultatum adminiſtrationem *argumento l. 47. §. tutores 2. de adminiſtr. tutor.* aut ſi unus idemque Prætoris aut præſidis decreto conſtitutus tam provincialium quam quæ Romæ ſunt, facultatum adminiſtrationem ſubierit, ſive de rebus Romæ, ſive in Provincia exiſtentibus alienandis tractetur, ſi quidem Romæ tutela vel cura geratur, ſolus Prætor ſi autem in provincia ſulus Præſes jure alienationem decernit, textus ita accipiendus *in leg. 5. §. 12. hoc titulo* quemadmodum & tutor vel curator ubicumque adminiſtrationem exerceat, ſi joris prohibirio non obſiſteret, res quas, libet alienare rectè poteſt.

8 Sed dices adhuc decreti interponendi poteſtas juriſdictionis in lata ſignificatione ſumptæ pars eſt cum competens Magiſtratus ſecundum ſuam ſulum juriſdictionem jure decretum interponat *argum. §. 4. inſtit. de Atilian. tut.* Sed ex magiſtratibus nullus extra territorium juriſdictionem poteſt exercere *leg. fin. de juriſdic.* ergo, etſi tutor Romæ tutelam gerat, & provincialium etiam rerum adminiſtrationem ſubierit, ſi quidem de rebus in Provincia exiſtentibus alienandis tractetur, non Prætori ſed ſoli Præſidi interponere decretum licebit, ne alioquin Prætor extra territorium exerceat juriſdictionem, hoc idem ex eo probabis, quod nec Magiſtratus bona in alieno territorio exiſtentia poteſt poſſidere jubere *leg. cum unus* 12. §. 1. *de reb. autor. jud. poſſid.* Nec ergo poterit de dominorum rebus in alieno territorio exiſtentibus alienandis decernere; reſpondendum tamen exiſtimo magiſtratum, qui ei territorio præeſt, in quo tutela geritur dum de bonis in alieno territorio exiſtentibus alienandis decernit, non ideo extra territorium juriſdictionem exercere, nec enim bona in alieno territorio exiſtentia jubet alienari, ſed tutori vel curatori ſuæ juriſdictioni ſubjecto eorum alienationem permittit, intra quæ duo multum intereſt, ſi bona alieno territorio exiſtentia alienari juberet extra territorium, ita & non jure juriſdictionem exercere *argum. dict. leg.* 12. §. 1. *de reb. aut. jud poſ.* at ex eo quod eorum alienationem permittat nullam extra territorium juriſdictionem exercet, cum tutoris vice fungatur, qui ſi prohibitio non adeſſet, ea etiam bona alienare rectè poſſet, quin ex eo juriſdictionem ullam exercere diceretur, quam ſolutionem innuiſſe videtur Faber *dict. titulo* 13. *prin. 7. illat.* 87. *circa finem* advertens, & rectè (ut ſecundum ſic tacitè prioris contrariæ opinionis fulcitum diluamus) haſtæ ſolemnitatem, quæ in eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt rerum distractione requiritur, eo in loco in quo res ipſæ ſitæ ſunt, expediri oportere, ita ut in eorum commodis provideatur, quibus nullum ex eo præjudicium irrogatur, quod magiſtratus de eorum rebus in alieno territorio exiſtentibus diſtrahendis decernat, cum non niſi poſt plenam cauſæ cognitionem, & inſpectum inventarium debeat decernere *dict. leg. 5. §. in primis 12. hoc titulo*, & non levis ex eo paratur utilitas quod ibi haſtæ ſolemnitas expediatur, ubi res ipſæ ſitæ ſunt quæ ita facilius emptorem invenerit, & forſan propter vicinorum affectiones ſupra juſtam etiam æſtimationem diſtrahentur, *argum. leg. 54. de legat.* 1.

9 Prætor autem, & Provinciarum præſides, quibus tantum ſecundum ſuam juriſdictionem decernendæ alienationis competere diximus facultatem, non quidem de plano, ſed pro tribunali cauſæ cognitione habita interponere hujuſmodi decretum poſſunt, *leg. 1. §. 2. dict. leg. 5. §. non paſſim 9 & pluribus §§. ſequentibus leg. 11. hoc titulo leg. 12. de prædiis, & aliis reb. minorum.* Hinc ſi tutor, aut curator prætori aut præſidi libellum obtulerit, & alienandi facultatem petierit, & prætor, præſesvè nullâ cauſæ cognitione præhabitâ libello ſubſcripſerit, & permiſerit alienationem, inutile & inane decretum eſt, *leg. 6. Cod. eod. titulo.* Nam generaliter quæcumque cauſæ cognitione deſiderabunt expediri per libellum nequeunt, *leg. nec quidquam 9. §. 1. de officio proconſulis leg omnia 71. de Reg. jur.* Sed dicet aliquis ad hoc ut teſtamentaria tutela vel cura excuſet cauſæ cognitione, & Magiſtratus decreto opus eſſet, *leg. ſi cum 39. de excuſat. tutor.* & tamen tutor per libellum ſe excuſare rectè poterit *leg. 13 §. oportet* 10. *eodem titulo*, ergo quamvis ad permittendam alienationem cauſæ cognitione, & decreto prætoris opus ſit, prætor tamen, aut præſes libello ſubſcribens poterit alienationem permittere; verum facilis ſolutio: multum refert, an de conteſtanda, an autem de recipienda uſucapione tractetur. Poteſt quidem excuſatio quioquaginta dierum præſcriptionis ſubmovendæ gratia per libellum conteſtari, quod ſolum docemur *in dict. leg.* 13. §. 12. recipi tamen ſeu approbari niſi cauſa cognita, & Magiſtratus decreto non poteſt, qui ſi libello in quo tutor aut curator excuſationis cauſam allegaverit ante cauſæ cognitionem ſubſcripſerit nihil agit, idque Ulp. ſibi voluit, dum dixit excuſare ſe tutorem per libellum non poſſe *in leg. excuſare 25. de excuſatione tutorum* ut explicat Cujac. *in dict. leg. 71. de Reg. jur.* Hoc autem ipſum in alienatione permittenda ſervatur alienandi nimirum facultas à tutore vel à curatore per libellum peti poteſt, à Prætore autem, vel Præſide permitti, decernivè, niſi prius cognita cauſa nequit *dict. leg. Cod. de prædiis, & aliis rebus minor.* ubi quod eſt ſcriptum ab Imperatoribus minorum poſſeſſionis venditionem per procuratorem oblato ad Prætorem vel Præſidem libello fieri non poſſe non quidem ita intelligendum, quaſi ad petendam alienationis facultatem conſtitui procurator nequeat, ut cum Accurſ. & aliis antiquioribus præeuntibus in marginalib. notis. Ad eum textum Gothofredus exiſtimat, verius enim eſt non alienationis facultatem quamvis non niſi pro tribunali, & cauſa cognita recte decernatur peti per procuratorem quam optimè poſſe cum ea quæ ſuæ cauſæ deſiderant cognitionem, & non niſi pro tribunali expediunt per procuratorem optimè poſſint expediri, ut ex eo liquet quod à viginti annis minore vindicta ſervus manumitti niſi apud conſilium pro tribunali cauſâ manumiſſionis approbatâ nequit, *leg. juſta 9. cum ſequentibus de man. vind.* § 4 *inſt quibus ex cauſis man... non licet.* Juſta autem manu-

miſſionis cauſa, etiam per procuratorem, & allegatur & approbatur *leg. 15. §. abſens 3. de man. vind.* ut Cujac. adverrit *in dict. leg. 71. de reg. jur.* ita ergo potius accipi ſuperius Imperatorum debet reſcriptum, ut ſive tutor aut curator præſens, vel abſens per mediam procuratoris perſonam oblato libello alienandi facultatem pețierit, prætor, aut provinciæ præſes non quidem ſtatim libello ſubſcribens, ſed poſt cauſam pro tribunali cognitam debeat alienationem decernere.

10 In cauſæ autem cognitione plurima excutere prætorem, aut provinciæ præſidem propter minorum & ſimilium utilitatem oportet, quorum primum illud eſt, an ſcilicet juſta alienationis, ſeu obligationis ſit cauſa, veluti an extra judicium creditores urgeant, vel uſurarum modus diſſolvendum æs alienum, ſuadeat *leg. 5. §. 9. hoc titulo*, ſecundum an aliunde ad diſſolvendum æs alienum expediti pecunia poſſit, ſi enim pecuniam vel in numerato, vel in nominibus quæ conveniri poſſint minor habeat pervenire ad prædiorum diſtractionem, aut obligationem nequit, ſi ex fructibus jam conditis, ex fructuum, vel obventionum ſpe quæ utiliter in præſentem emptionis aut venditionis contractum deducitur, *leg. nec empt. 8. in princip. de contrahenda emptione.* parare pecunia poſſit, quæ omnia, & ſigillatim Ulp. tradit. *in dict. leg. 5. §. 9. hoc titulo*, & probant *ab argument. leg. & quis 17. §. ult. cum ſequenti de relig. leg. 6. de jure deliber.* nec tunc obſtat *lex à divo 15. §. 2. & §. ſi quoque 8. de re judicata.* ubi ex judicati cauſa prædia primu pignori capienda, & diſtrahenda quam ad nomina pervenire poſſit idem Ulp. affirmat, id enim ideò receptum eſt, ut in eo textu Donell. prævidit *lib. 27. commentar.* ne novis aliàs ſumptibus, & moleſtiis creditor vexaretur, & cum judicat debitoris debitoribus litigare denuo cogeretur, & judicati executioni quæ ſummam celeritatem expoſcit, novæ iterum moræ nec tenerentur, quorum neutrum in præſenti contingit, nec etiam minoris creditor litigare cum minoris debitoribus cogeretur, ſed Magiſtratus officio excutere incumbit, an ex nominibus de facili pecunia queat parari, ex quo ea minoris creditori ſatisfieri, alias ſi ex nominibus de facili pecunia nequeat parari propter evitandam creditori moleſtiam ad aliarum rerum diſtractionem prius perveniri debere crediderim, & in eo ſenſu Ulpiani ea verba intelligerem *in dict. leg. 5. §. 9. hoc titulo*, vel in nominibus quæ conveniri poſſunt, idem eſt ex quibus de facili pecunia parari poteſt, ut ea præcedentia indicant, an pecuniam pupillus habeat ad quæ ſine dubio ſubſequentia illa referuntur; Tertium ſi nec pecunia ſit in numerato & nec ex nominibus, nec ex fructibus jam conditis, nec ex fructuum aut obventionum ſpe de facili parari poſſit excutiendum adhuc eſt utrum res aliæ præter prædia minoris in bonis ſint ex quorum pretio poſſit creditori ſatisfieri *dict. leg. 5. §. 9. verſ. item hoc titulo* ex quibus illæ primæ debent alienari permitti, quarum minus damnoſa minoribus diſtractio ſit, *argumento dict. leg. 12. §. fin. de relig. leg. 5. §. 1. de jure delib. dict. leg. 15. §. 2. de re judicata leg. fin. §. ſui autem. 4. & 5. Cod. de bon. quæ liber. 4.* & ſi nullæ aliæ res præter prædia in minoris bonis exiſtant, quo demum caſu poteſt de prædiis alienandis, & obligandis decerni *dict. leg. 1. §. 2. verſ. ut, dict. leg. 5. §. 9. verſ. igitur, hoc titulo.* Illud requirendum etiam eſt, quodnam de prædiis minus vel non æque utile minori ſit, & ejus prius quam majoris, & melioris alienatio permittenda eſt ut obligatio *dict. leg. 5. §. 10. verſ. ſed ſi.* Hæc autem omnia ut diligenter, & exactè prætor, vel præſes Provinciæ excutiat, requiri aliquis debet, qui ſe de minoris bonis inſtruat, ne nimium tutoribus, aut curatoribus credere, qui nonnumquam lucri ſui gratia aſſeverare Magiſtratibus ſolent, neceſſe eſſe alienari, vel obligari poſſeſſiones, quamvis eorum neceſſe nihil ſit, niſi furſan Parens idemque legitimus emancipati filii tutor alienandi facultatem deſideret, cui propter enixum paternum affectum, & plus quam alii tutori credere Magiſtratus poterit, & facilius alienandi facultatem permittere *leg. 7. §. ſi pater hoc titulo*, requirit itaque neceſſario minoris, vel parentes vel fideles libertos, vel quemcumque alium qui pupillarium rerum habeat notitiam, aut ſi eorum nemo inveniatur, aut ſuſpecti ſint, qui inveniuntur edi jubebit tutoris vel curatoris rationes, & ſiuoplin, id eſt minoris bonorum inventarium; & advocatum ſimul ad ſuam religionem inſtruendam minori conſtituet, *dict. leg. 5. §. in primis hoc titulo.*

Sed nec in his cauſæ cognitio ſiſtit imò ulterius adhuc progreditur, nam & ſi ſolum prædia in minoris bonis extant, excutere adhuc Prætor aut Provinciæ Præſes debet, an vendere potius, an obligare permittat, idque ad minoris utilitatem maturo judicio perpendere ita ut propter modicum æs alienum non magnæ poſſeſſionis, ſed minoris, aut minus utilis alterius ſi quæ forſan ſit, diſtractionem fieri patiatur, ne alienari poſſeſſionem jubeat, quam ad diſſolvendum æs alienum pignori obligari ſit ſatis, *dict. leg. 5. §. idem 10. hoc titulo;* Hinc ſi Prætor Præſesve tutori, aut curatori vendere vel obligare alternativè permiſerit. non rectè quidem ſuis partibus fungitur, debuit enim ipſe ſtatuere, & eligere, an vendere, an magis obligare permitteret, tutor autem, vel curator hujuſmodi decreti, vel vendendi vel obligandi liberum arbitrium nanciſcitur *leg. 7. §. id 4. hoc titulo.* quia licet regulariter Prætor, vel Præſes decernere alternative nequeat, juſtis tamen rationibus motus aliquando potuit de optimi, diligentiſsimi tutoris forſan diligentia confidens prudenti ejus judicio diſtrahendi, obligandive liberum arbitrium committere. in quibus tantum terminis verificari poſſe Ulp. ſententiam confirmari poſſe exiſtimo, *in dict. leg. 7. §. 4.* Alioqui ſi Prætor, Præſesvè nulla ratione juſta permotus alternative vendere vel obligare permiſerit inutile prorſus alternativum illud decretum cenſerem, ejuſque vi tutorem aut curatorem nec diſtrahere, nec obligare poſſe contenderem; Si dicas Ulp. ſententiam neceſſario generaliter accipiendam eſſe, eum de eo Prætor loquatur qui non rectè ſuis partibus fungitur, ad eum ſane pertinet, qui nulla juſta ratione ductus, alternativum decretum concepiſſet, alioquin ſi Prætor juſta ratione ſubnixus alternativum concepiſſet non rectè hinc partibus functus, non niſi abſurde diceretur; Reſpondeo quod Ulpianus ait prætorem ſuis partibus non rectè functum, non ita exaudiendum quaſi contra orationis 11

Digitized by Google

tenorem feciſſet, impleret quippe, ut adverſus orationem interpoſitum decretum jure ſubſiſteret, ſed quaſi nó rectè æqui feciſſe ſentiat, ac ſi ſimpliciter vendere vel obligare permiſiſſet, quamquã juſta aliqua ratione permotus ita decreverit, quæ utile alternativum reddit decretum, tribuitque tutori vel curatori liberum diſtrahendi, aut obligandi arbitrium, præſertim cum alternativum decretum concipitur, non orationis tenor, ut conſtat, *ex dict. leg.* 5. §. 2. *hoc titulo.* Sed ſola minorum impediat utilitas, cujus ratio deficit, quoties propter aliquam juſtam cauſam alternativum decretum concipitur. Illud præterea obſervandum in cauſæ cognitione, ut ſi de obligando prædio fuerit decernendum non plus fœnoris ſub obligatione accipiatur quam ad æs alienum diſſolvendum opus ſit *leg.* 5. §. 10. *hoc titulo*, ne alias pro excedentis quantitatis rata portione citra æris alieni cauſam, & taliter obligatum minoris prædium obſervatur.

12 Quibus omnibus diligenter excuſſis, & circa eorum ſingula plena cognitione præhabita alienandi vel obligandi facultatem decreto permittere vel negare Prætor, vel Præſes debet, & ſiquidem prædium diſtrahendum decreverit tutor, vel curator vendendi facultatem nanciſcitur, ſin autem de diſtractionis ſolemnitate quæratur inter Romanum, & Regium noſtrum jus quam plurimum intereſſe puto, verius Romanorum & enim jure inſpecto poſt interpoſitum decretum tutor, vel curator, privata venditione ex bona fide facta diſtrahere prædium poterat, nec publicæ ſubhaſtationis opus erat, uti conjector ex eo, quod nec *in integro hoc titulo noſtro, nec in toto titulo Cod de prædiis, & aliis rebus minorum* publicæ ſubhaſtationis ſit mentio, quam ſi neceſſariam fuiſſent arbitrati omiſſibus Conſultis, & Imperatoris quos in exponendis ſingulis permittendæ diſtractionis requiſitis adeo diligentes vidiſtis, providere numquam potuerunt, tum ex eo quod tutor, vel curator ex vi permiſſivi decreti eandem diſtrahendi facultatem aſſequitur quam veteri eo jure habebat, quod ante Severi orationem, & Conſtantini conſtitutionem obtinuit, ſed veteri eo jure prædia etiam potuit ſine ulla publicæ ſubhaſtationis ſolemnitate diſtrahere, ut innuitur *in leg.* 8. §. 1. *hoc titulo*, ergo & poſt Severi & Conſtantini prohibitionem interpoſito ſemel permiſſivo diſtractionis decreto prædia poterit abſque ulla publicæ ſubhaſtationis ſolemnitate diſtrahere. Nec contrarium probat textus ex quo in diſtrahendis minoris prædiis publicæ ſubhaſtationis ſolemnitate opus eſſe vulgo deſumitur *in leg.* 7. §. *quæſitum* 8. *de minoribus*, ubi minoris res in publica ſubhaſtatione diſtractas Ulp. proponit, & an contra hujuſmodi diſtractiones per in integrum reſtitutionis auxilium minoribus ſubveniendum ſit, diſputat, nec enim ex eo, quod minoris res in publica ſubhaſtatione de facto diſtactæ referantur, ulla ſubhaſtationis neceſſitas inducitur, præterquam quod non improbabiliter dici poteſt, fuiſſe ex cauſa judicati diſtractas quo caſu ſolemnitate publicæ ſubhaſtationis opus eſſe conſtat, *ex leg.* 3. *Cod. de execuſat. rei judicatæ*, & præterea ex eo textu probari non poſſe in diſtractione, quæ permiſſu Magiſtratus ſit, ſubhaſtationis ſolemnitatem requiri, ita ex ejus littera oſtendo non modo de rebus, quæ ſervari minoribus debent, id eſt quæ ſine decreto alienari non poſſunt, ſed de his quæ fortuitis caſibus ſunt ſubjectæ, id eſt quæ in prohibitione non ſunt, nemo dixerit ſubhaſtationis ſolemnitatem requiri, cum noviori adhuc jure attento ſubhaſtatio quæ in diſtrahendis immobilibus Eccleſiarum rebus per viginti dierum ſpatium expoſcitur, in diſtractione mobilium non requiratur, *authent. hoc jus Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* Quemadmodum ergo ex eo quod res in prohibitione non comprehenſæ apud Ulpianum de facto ſubhaſtatæ proponantur, nemo enim earum diſtractione ſubhaſtationis ſolemnitatem neceſſariam induxerit, ita eſt ex eo quod res alienari ſine dectero prohibitæ ſubſtractæ referantur, nequit in earum diſtractione ſubhaſtationis neceſſitas induci, quod *ita in num.* 8. dicebamus in minorum rebus ex decreto diſtrahendis ſubhaſtationis neceſſitate opus eſſe, non ad Romanum jus, ſed ad municipalia jura erit referendum, quæ poſtea conſiderare eam ſolemnitatem cœperunt, ut in Hiſpania noſtra cautum videmus *in leg.* 6. *titulo* 18. *part.* 3. Si quando ex æris alieni cauſa minorum res aliàs alienari prohibitæ ex judicis decreto diſtrahantur, publica propter triginta dierum ſpatium ſubhaſtatione opus [illegible] cujus ſolemnitates pluribus relatis congeſſit Hermoſilla *in leg.* 4. *titulo.* 5. *gloſſa* 6. *num.* 11. *cum quatuor ſequentibus.*

Poſt factam autem ex decreto diſtractionem 13
aut obligationem ne forſan pecunia mutua ſub prædiorum obligatione accepta, aut ex eorum diſtractione redacta abutantur tutores vel curatores, curare adhuc Prætor vel Provinciæ Præſes debet ut creditoribus pecunia ſolvatur, & de hoc decernere, & viatorem, ideſt, nuncium ſeu executorem dare qui renunciet in id pecuniam converſam, propter quod deſiderata fuit alienatio, vel obligatio *dict. leg.* 5. §. *ne tamen* 13. *hoc titulo*, ex quo textu deſumi vulgatiter veriſſimè tamen ſolet, viatori à Prætore, vel Præſide dato qui acceptam pecuniam ſolutam minoris creditoribus eſſe renunciaverit, plenam omninò fidem adhibendam, nam, etſi regulariter unico teſti adhuc in re ſibi nota, & in ea arte perito, in qua teſtimonium dicit non credatur, ut probat, *l.* 8. §. 1. *in fin. reg. leg.* 1. *princip. de vent. inſp. leg.* 20. *verſiculo omnes Cod. de fid. inſtr. leg.* 6. §. 1. *verſicul. mobilium Cod. de ſecundis nuptiis, leg. ſemel cod. de re milit. lib.* 12. quibus non obſtat, *l. Theopompus* 14. *de dote prælegata*, pro cujus explicatione videndi Cujac. *ad Pendect. in textu.* Donell. *in leg* 9 1. *Cod. de teſtibus num.* 9. Oſſuald. 25. *com.* Donell. *cap.* 15. *litt. B.* id tamen in eo fallit, cujus fides approbata publice eſt cujus ideo aſſeverationi omnino tantum eſt, ut ecce, agrimenſoris tanquam publicæ autoritati deſtinati aſſerverationi in his quæ ad ejus miniſterium ſpectant ſtandum ſeu credendum docemur *leg.* 3. *Cod. fin. regund.* & ſimiliter auri ponderatoris ad id ſimiliter conſtituti dicto in his quæ ejus officium ſunt, credi debere conſtat *ex leg.* 2. *Cod. de ponderat, &c. lib.* 10. Ex quibus theoricis principiis hodierna ea praxis fluit, quæ montium, vinearum, meſſiſve cuſtodi ab oppidorum conſiliis ad id publicè deputato tamquam publicæ perſonæ, *leg.* 1. *num.* 17. *lib.* 5. *nov. Recop.* integram in judicio fidem adhibendam circa damna à pecoribus data, & reliqua ejus miniſterii pro-

ptia induxit *leg. 7. num. 4. lib. 4. fori legalis* Otero *de paſcuis & jur. poſſid. cap. 19. num 12. & 13.* & plures referens Amaya *in leg. 2. Cod. de jur. fiſc. lib. 10. num. 29.* quod in auri, argentive ponderatione ad æſtimendam auri, & argenti qualitatem & quantitatem à pupillo publice deſignato procedit *leg. 1. l. 23. l. 5. novæ recop* Amaya ubi nuper *num. 23.* ſimiliter ergo, & à Prætore vel Præſide dato viatori ſeu nuncio qui pecuniam ex prædiorum minoris diſtractione redactam, aut mutuam ſub eorum obligatione acceptam ſolutam creditoribus minoris eſſe renunciaverit, ut pote publica autoritate conſtituto credendum omnino eſt, *leg. 5. §. 3. hoc titulo argum leg 1. §. quies 12. verſ. ſane de offic. Præfect. urb.* docent cum pluribus Amaya ubi nuper *n. 29.* Gonzal. *in cap. ne religioſum 9. de præſcript. num. 4.*

14 Poſterior jam decreti, ſeu ejus in factæ diſtractionis poteſtate ſuccedit diſputatio, & ſiquidem juxta ſupra ſcriptam formam juris, decretum fuerit interpoſitum illud ſecuta diſtractio, facta traditione ſine dubio dominium aut uſucapiendi conditionem in emptorem transfert, cæteroſque juris effectus producit, quos quælibet jure facta diſtractio produceret, ut ſi contra juris formam, veluti ſi nulla cauſæ cognitione præhabita, aut ſi ex his quæ diſcutienda in cauſæ cognitione, jam diximus, aliquid indiſcuſſum fuerit interpoſitum decretum, omninò inutile erit *leg. 5. Cod. de præd. & aliis reb. minor.* ac deinde nihil aliud poterit ſecuta diſtractio, vel uſucapiendi conditionem in emptorem transferre, vel utilem juris effectum producere, cum perinde decretum habeatur, ac ſi interpoſitum non fuiſſet, *juxta leg. 4. §. condemnatum 6. de re jud.* idem juris eſt, ac ſi obreptum Prætori, vel Præſidi ideſt ſi falſis allegationibus circumventam ejus religionem apparuerit, quo caſu licet maximè cognitione cauſæ præhabita, ac diſcutiendis omnibus excuſſis interpoſitum decretum fuerit propter obreptionis vitium nullius momenti eſt, *leg 1. §. 2. verſiculo manente leg. 5. §. manet 15. hoc titulo leg. 5. Cod. de præd & aliis reb. minor. argum. leg. 1. Cod ſi falſ. alleg. Tutor excuſ. §. ultim. de excuſat. Tutor.* in quo ſicuti & in aliis à legis Æliæ Sentiæ prohibitione præſens prohibitio multum diſtat; minor enim viginti annorum juſtam cauſam manumiſſionis probare ſat eſt, quæ ſemel propter libertatis favorem probata, ſive vera, ſive falſa ſit, poſtea retractari nequit *§ ſemel 6. inſt. ex quibus cauſis manum. non licet.* ad permittendam enim diſtractionem probata ſemel cauſa etiam poſt interpoſitum decretum, & diſtractionem ſecutam, ſi falſa ex poſt facto apparuerit, ita retractatur ut inutilis omnino diſtractio ſit, & minor non ſolum eo nomine poſſit adverſus tutorem au curatorem perſonali actione experiri verum, & diſtractum prædium in rem actione, ſive ab emptore, ſive quolibet alio poſſeſſore avocare, *leg. 5. § 15. hoc titulo leg. 1 §. 2. verſiculo manente & dict. leg. 5. Cod. de prædiis, & aliis reb. minor.* Dum tamen prius vel nullam cauſæ cognitionem præceſſiſſe, vel ex his quæ diſcutienda in cauſæ cognitione fuerint diſcuſſum aliquod non fuiſſe, vel denique obreptum Prætori Præſidive fuiſſe probaverit *leg. 1. §. 2. hoc titulo leg. 5. Cod. de præd. & aliis rebus minor.* Tum quia minor adverſus tutorem vel curatorem vel emptorem, aliumve poſſeſſorem experitur, actor eſt cui ideo probandi neceſſitatem incumbit *leg. 23. Cod. de probat.* tum quia ſemel interpoſitum decretum cauſæ cognitione præhabita, & omnibus ſolemnitatibus præcedentibus ex juſta cauſa interpoſitam de jure præſumitur, quæ juris præſumptio minorem tametſi reus eſſet probandi neceſſitate oneraret *ex leg. optimam 14. Cod. de contrahen. & committenda ſtipulatione l. item 11. inſt. de inutilib. ſtipulationib.* ut docet, qui hujus principii limitationes utiliter ad praxim proſequitur Hermoſilla *in dict. l. 4. titulo 5. part. 5. gloſſa 6. ex num. 23.*

Quin imò etſi prædium, quod ex juſta cauſa diſtrahendum Prætor, aut Præſes decreverit per interpoſitam perſonam, tutor ſibi comparaverit, ſi quidem contra autoritatem orationis, & fidem ſibi commiſſam, fraudem, & dolum admiſerit, inutilis venditio eſt, ut docet per ſuppoſitionem Ulpian. *in leg. quamvis 9. hoc titulo*; dum inquit in ea hypotheſi Magiſtratum, qui dolum, & fraudem tutorem commiſiſſe deprehenderit, ſive ipſe ſit, qui decretum interpoſuit, ſive ejus Prædeceſſor (quem injuſta prædeceſſoris decreta corrigere poſſe conſtat *ex leg. jure 26. prin. de teſtam. tut.*) æſtimare oportere quatenus tam calidum commentum, etiam in exemplum debeat coercere, quaſi dicam non modo pupillum eo nomine poſſe, vel principali actione adverſus tutorem experiri, aut diſtractum prædium in rem actione ab eodem tutore, aliovè poſſeſſore vindicare *ex antecedenti numero* dictis; verùm & Prætorem, vel præſidem tutoris etiam fraudem in exemplum coercere debere, vel modica aliqua coercitione vel eum forſan removendo tamquam ſuſpectum ut probari poteſt *ex leg. 3. §. Severus 13. de ſuſpectis tutoribus*, hæc tamen Ulpian. ſententia premitur difficultate, prima ex eo quod ubi minoris prædium juſto, & ſolemni decreto præcedente diſtrahitur, fraus in venditione miſſa non utilem venditionis reddit contractum, ſed ſolum ut adverſus venditionem reſtitui minor poſſit in cauſa eſt *leg. 2. Cod. de prædiis & aliis*, ergo apud Ulpianum fraus in prædii diſtractione quam juſtum, ſolemneque decretum præceſſerat à tutore commiſſa inutilem ipſo jure reddere venditionis contractum non potuit; ſecunda, ſupponit enim Ulpianus, evenire poſſe ut tutor prædium minoris per interpoſitam perſonam ſibi comparaverit, nec tamen dolum, fraudemve commiſerit, ut ex eo conſtat quod non ideo inutilem diſtractionem ſcribit, quod tutor ſubjecto alterius emptoris nomine prædium ſibi comparaverit, ſed quod fraudem dolumve commiſerit, hoc autem notiſſimis juris noſtri principiis refragari videtur, juxta quæ ſi pupillarem rem per interpoſitam perſonam ſibi tutor emerit, & mala fide rem geſſiſſe cenſetur, & emptio nullius momenti eſt, ut Severi, & Antonini reſcripto cautum idem conſultus teſtatur *in leg. 5. §. ſed ſi 3. de aut. tutor.* implicat ergo quod tutor *in dict. leg. 9. hoc titulo* minoris prædium ſibi per interpoſitam perſonam emerit, aut quod dolum aut fraudem non commiſerit, & quod utilis eſſe venditionis contractus potuerit; his difficultatibus quarum neutram præſentit Faber, 15

ber, dum *dict. l. 9.* explicat *in Pap. in. titulo 13. prin. 7. illat.* 88. reſpondendum puto quod licet regulariter fraus in brevi diſtractione, quam juſtum, ſolemneque decretum præceſſerit, commiſſæ ſolum in integrum reſtitutionis auxilium in minoris gratiam producat, nec ipſo jure inutilem venditionis contractum reddat, quia tutor ipſe in rem ſuam autor eſſet qood idem eſt, emptoris & venditoris officio ſimul fungi nequit *l. 5. §. item 2. de auth. tut.* & ex autoritatis defectu, quæ propter decretum in quacumque alienatione requiritur, venditionis contractus nullius momeoti eſt, niſi forſan tutor palam, & bona fide, vel per ſemetipſum, vel per interpoſitam perſonam ſibi minoris prædium comparaverit, tunc namque ex doli fraudiſve defectu utilis, & efficax emptio eſt *l. tutor 56. de adm. tutor.* junct. Fabro 1. *princip. 7. illat. 5. Cod. de contrahenda emptione* cautè ergo Ulpin. *in dict. l. 9.* ſcribit non ex eo præciſè inutilem venditionem, quod tutor per interpoſitam perſonam ſibi minoris prædium emerit, ſed ex eo potius, quod fraudem admiſerit veluti ſi palam & bona fide emerit, & ut utilis eo caſu, eſſe venditionis contractus potuerit, ex hac autem Ulpiani ſententia (ut hoc in tranſitu notem) non obſcurè colligitur in minoris prædio ex decretò diſtrahendo opus publica ſubhaſtatione non eſſe ut *num.* 12. fundavi, alioqui vix eſſe ut tutor in publica ſubhaſtatione pupillare prædium emens non palam, & ex bona fide emiſſe, aut fraudem dolumvè commiſiſſe, dici poſſet, quod tamen Ulpian. de facto contigiſſe proponit.

16 Denique quamvis juſtum, ſolemneque decretum minoris prædium ſecuta diſtractio utilis, efficaxque ſit, poteſt tamen adhuc ſi minor ſe læſum oſtenderit cauſa cognita per in integrum reſtitutionem reſcindi cujus beneficium impedire autoritas nequit decreti *expreſſa l. 2. Cod. de fidejuſſor. minor. & l. 11. verſ. ſi vero Cod. de prædiis, & aliis rebus leg. 27. §. 1. verſ. item leg. intra 39. §. 1. leg. 41. leg. tutor. 17. §. 1. de minor. leg. minor 39. de evict.* & ſi qui ſunt alii in quibus prædiorum diſtractiones per in integrum reſtitutionem minoribus ſuccurrendum dicitur, cum in eis juſtum ſolemneque decretum neceſſario ſupponendum ſæpius animadverterim; nec mirum id videatur; nam mioori læſo, & circumſcripto etiam adverſus venditorem in publica ſubhaſtatione, & ita juſſu magiſtratus facta non denegatur in integrum reſtitutionis auxilium *l. 7. §. quæſitum 8. de minoribus*, pro cujus pleniori intelligentia conſulendus Arias de Meſa 2. *variar. cap. 20. num. 15. cum tribus ſequentibus* quamvis propter fiſcalis haſtæ fidem, quæ facile convelli non debet *l. 8. Cod. de remiſ. pignor.* adverſus diſtractionem propter fiſcalia debita, in publica ſubhaſtatione facta nulla minoribus competat reſolotio *leg. 5. Cod. de fide & jure haſtæ fiſcal. lib. 10.* dummodo obſervata haſtarum ſolemnitas fuerit, aliàs minor fiſco ſatisfaciens res ſuas exiguo pretio diſtractas poterit revocatâ venditione recipere *leg. ult. Cod. ſi adverſus fiſcum.* Sed obſtat, quod adverſus ſolutionem miootis ex judicis præcepto factam in integrum non competit reſtitutio *l. 7. §. 2. verſ. quid de minor. leg. Sancimus 25. Cod. de adminiſt. tutor. §. 3. verſ. ita inſt. quibus alienare licet vel non*, Oſſuald. 16. *commentar cap. 10. littera H.* Peyrera *in leg. 3. Cod. de in integrum reſtitutione verbo Læſis num. 65. cum duobus ſequentibus.* Narbona *de ætate annor. viginti quinque quæſtione 18. ex num. 24.* ergo nec ex Prætoris Præſidiſve decreto facta diſtractio poterit, per in integrum reſtitutionem reſcindi. Sed omiſſis quæ pro hujus difficultatis ſolutione tradunt Caldas ubi ſupra *num. 64.* Vinn. *in §. 3. inſt. quibus alienare licet num. 4.* dicendum potius eſt ideo adverſus ſolutionem minori ex judicis præcepto factam competere reſtitutionem non poſſe; quia prius judex inquirit, quæ & quanta pecunia debeatur, an recte, juſtevè ſolvi poſſit, & poſt judicis decretum, nec propter inconſultæ ætatis facilitatem, nec propter debitoris calliditatem ſe circumſcriptum allegare minor poteſt, *argum. l. 6. §. apud 6. quæ in fraudem creditorum.* ex contrario autem contra prædii diſtractionem ex Prætoris Præſidiſve decreto factam in integrum reſtitutionem ideò minori competere, quia Prætor, Præſeſve ut alienationem decernat non in pretium, ſed in cauſa dumtaxat permittendæ alienationis inquirit, poſt cujus decretum tutor, vel curator prædium diſtrahit in cujus pretium ſi minor læſum ſive circumſcriptum ſe oſtenderet, ſine dubiò debet adverſus eam diſtractionem reſtitui *dict. leg. 11. Cod. de prædiis & aliis rebus minor.* quam differentiæ rationem præſtat Dom. Retes 1. *opuſc. cap. 9. num. 11.*

CAPUT QUARTUM.

Quinam ſint Severi oratione, aut Conſtantini conſtitutione prohibitæ alienationis effectus? & quomodo alienatio ab initio inutilis ex poſt facto poſſit convaleſcere?

Quænam eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, res vel Severi oratione, vel Conſtantini conſtitutione, & quando aut inconſulto magis, aut etiam interveniente decreto utiliter, aut inutiliter diſtrahantur, aut pignori ſubjiciantur in ſuperioribus latè vidimus. 1
Nunc prohibitæ alienationis effectus à nullo; quem ſciam ex interpretibus juxta methodos hactenus comprehenſas breviter colligamus; quoniam primus, præcipuusque à quo tamquam à radice reliqui putabant; ille eſt quod adverſus prohibitionem facta diſtractio ipſo jure nulla eſt *l. lex. 22. Cod. de adminiſt. tutor. l. 4. 8. 11. 16. Cod. de prædiis & aliis reb. minor.* Sed dicis: ſi contra prohibitionis tenorem facta diſtractio ipſo jure inutilis eſſet, reſcindi dici non poteſt *ex leg. 5. verſ. poſt de injuſt. rupto.* atqui per Præſidis ſeutentiam reſcindi expreſſe dicitur *in leg. 9. Cod. de prædiis & aliis rebus min*, ergo inutilis ipſo jure non eſt. Rurſus ſi ipſo jure nulla alienatio hæc eſſet, tutor eo nomine tamquam ſuſpectus à tutela removeri non poſſet, quiſquis enim ipſo jure nullum; aut inutilem actum efficit, nullam pœuam ideo meretur *l. 5. §. 3. de legat. præſtandis* Sed tutor qui res alienari prohibitas diſtraxerit, eo nomine à tutela tam-

quam ſuſpectus removetur, ut Severum, & Antonin. reſcripſiſſe Ulpian. teſtatur, *in leg. 3. §. ſuſpectus 13 de ſuſpect. tutor.* ergo adverſus interdictionis tenorem facta diſtractio ipſo jure inutilis non eſt; Primæ difficultati facile reſpondeo, contra prohibitionis tenorem factam diſtractionem ſi proprie licet rigore loquamur, ipſo jure inutilem eſſe, reſcindi tamen vel revocari improprie dici exemplo libertatis in fraodem creditorum datæ quæ cum ipſo jure ſit inutilis propter legis Æliæ Sentiæ prohibitionem *princip. inſt. quibus ex cauſis manum.* aliquando tamen revocari, ſeu reſcindi improprie dicitur *leg. 5. §. 2. qui & à quibus leg. 1. & 10. qui manum. non poſſunt.* vel dici etiam & melius poteſt quod quemadmodum in fraudem creditorum data libertas in pendenti eſt, dum an fraus creditoribus inferatur incertum *leg. 1. §. 1 verſ. in ipſa de ſtat liber.* & ideo cum utilis eſſe potuerit, cum fraudatus creditor appareat, reſcindi, ſeu revocari quamvis improprie dici poteſt, ita & contra prohibitionis tenorem facta diſtractio in pendenti quodam modo eſt, cum incertum ſit an diſtracti prædii vindicatio ſit propter doli exceptionem ſubmovenda, evenire enim poteſt ut inferius dicam ut per eam exceptionem vindicatio ſubmoveatur, & ita quoad effectum diſtractio confirmetur, quæ cum utilis aliquando eſſe potuerit ubi vindicationem oon inhibitam conſtat, ſententia reſcindi, ſeu revocari quamvis improprie non incongrue dicitur, ut legis Æliæ Sentiæ paritate adductâ docet Faber *in Papin. titulo 13. prin. 8. illat. fin.*

2 Secundæ autem difficultati ab omnibus noſtris omiſſæ reſpondeo *ex leg. 3. §. 13. de ſuſpectis tutor.* potius probari adverſus prohibitionem factam diſtractionem ipſo jure inutilem eſſe, nam Ulpian. refert Severum, & Antoninum, qui res alienari prohibitas ſine decreto diſtraxit, nihil agere reſcripſiſſe, qui loquendi modus perſpicue diſtractionis nullitatem ſignificat, *princip. Inſt. quibus alienare licet;* Verum ſi per fraudem id effecit, à tutela eum ſubmoveri oportere, cujus reſcripti deciſivam rationem) omiſiſque circa quæſtionem illam utrum ſcilicet qui nullum, ſive inutilem actum effecit, aliquam pœnam ideo incurrat, congeſſit latè, qui tamen *dict. leg. 3. §. 13.* ejus quæſtionis propriè non meminit Olea *ceſſ. jur. Jur... titulo 2. queſtione 5. per totam* & præſertim *ex num. 36.* ex eo pendere exiſtimo, quod ſuſpectus tutor ex moribus ſolum exiſtimatus *leg. 8. de ſuſpectis tutor. §. fin. inſt. Cod.* ejns autem, qui res alienari prohibitas per fraudem ſine decreto diſtraxit, mores improbos ex ipſo, quamvis inutili diſtractionis facto ſatis detegi, nuc implicat in jure, ut qui nullum ſive inutilem actum efficit, legibus ſtatutas pœnas incurrat, *leg. 4. & 6. Cod. de incert. & inutil. nupt. §. ſi adverſus 12. inſt. de nupt.* quin contrarium probet *leg. 5. §. 3. de legat præſtand.* ubi ideò qui inutiliter contra tabulas bonorum poſſeſſionem agnovit, indignignitatem non contrahit ſeu legati commodo, non privatur, quia per errorem bonorum poſſeſſionem petiit, ſe ex ejus liberis eſſe falsò exiſtimans, quibus ea bonorum poſſeſſio competit, & ex defectu conſenſus qui per errorem excludit contra indignitatem non devenit, ut dicebam *in Academia de pupillari ſubſtitutione cap. 3. n. 19.* Secundus prohibitæ alienationis effectus ille eſt, quod diſtractum contra prohibitionem prædium ſive ab ipſo tutore, ſive à tertio quolibet poſſeſſore io rem actione ſeu viodicatione petere minor poteſt *leg. 13. §. quamquam hoc titulo leg. 16. Cod. de adminiſt. tutor. leg. 32. §. 7. & 14. & dict. leg. 16. Cod. de prædiis, & aliis rebus minorum, leg. 2. & 3. Cod. ſi quis ignorans rem minoris*, nam rei vindicatio quæ effectus dominii eſt *leg. 23. de Reg. jur.* non poteſt in minore competere, penes quem diſtracti prædii dominium propter juris impedimentum remanſit, & qui ideo, cum tutus ipſo jure ſit, non eget in integrum reſtitutionis auxilio *dict. leg. 2. Cod. ſi ad verſus vendit. leg. 2. & 11. Cod. de prædiis, & aliis reb. argum. leg. 49. de minor. juncta regula 16. prin. & §. 1. & duobus ſequentibus Cod.* nec tunc obſtant textus *in lege ſine 34. §. 4. de adminiſt. tutor.* & alii ſimiles *antecedenti num.* adducti, in quibus dum adverſus prædiorum diſtractiones in integrum reſtitutos minores invenimus, Prætoris, Præſidiſve decretum inveniſſe preciſè ſupponere debemus, ut ſæpius indicavi. Sed dices, rei vindicatio, ut ex parte actoris, ita ex parte rei converti poſſeſſionem deſiderat, *leg. 27. §. 1. de rei vindicatione & ſimilibus*, ſed propter prohibitionem diſtracti prædii poſſeſſio transferri in emptorem non poteſt, ergo nec adverſus emptorem rei vindicationem exercere minor poterit. Minor ita probatur alienatione prohibitâ, poſſeſſionis etiam prohibita tranſlatio cenſetur ut *ex leg. 4. §. 2. de alienat. Judicii mutandi, & ex leg. 14. §. ſane 5. Cod. de ſacr. Eccl.* patet, ubi in Eccleſiaſticarum rerum alienationis prohibitione poſſeſſionis etiam tranſlatio continetur, ergo adverſus prohibitionem diſtracti prædii poſſeſſio in emptorem transferri nequit ut probat *dict. l. 3. §. idem 3.* Ubi dum dicitur ruſtici prædii minoris poſſeſſionem propter rei judicatæ autoritatem in actorem, qui in judicio minorem ſuperavit, ideò transferri, quia hæc poſſeſſio, alienatio ſeu tranſlatio, non voluntaria, ſed neceſſaria omninò eſt, non obſcurè ſupponitur ex voluntaria causâ minoris prædii poſſeſſionem ſine decreto alienari, ſeu quod idem eſt transferri non poſſe in alterum, ut ex eo proprerea videtur evinci, quod pupillus ſicut ſine autoritate tutoris nihil alienare poteſt, ita nec in alterum poſſeſſionem transferre *leg. pupillus 11. de acquir. rer. dominio* pro cujus conciliatione *cum leg. poſſeſſionem 29. de acquir. poſſ.* vide Santol. *interp. 21.* & Retes *ad leg. ex quibus prohibita eſt uſucapio num. 38. circa fin.* ergo nec minor earum rerum, quas alienare ſine decreto prohibetur, poſſeſſionem ſine decreto poterit transferre, ac proinde nec adverſus emptorem qui non poſſidet, vindicationem exercet.

Huic difficultati ot ſatisfaciam, dici primo 3
poteſt quod licet alienatione prnhibitâ, poſſeſſionis etiam tranſlatio prohibita cenſeatur, adhuc tamen diſtractum contra prohibitionem prædium ab emptore vindicare ſine dubio minor poſſet, nec enim rei vendicatio ex parte rei converti ſtrictam poſſeſſionem requirit, imò adverſus eos rectè poteſt exerceri, qui naturalem tantum abſolvunt inſtantiam, id eſt qui cum ſtrictè, & propriè non poſſideant, naturaliter rei incumbunt, veluti commodatarium, depoſitarium, conductorem, & alios ſimiles, & ut

generaliter loquamur adverſus omnes qui reſtituendi obtinent facultatem, ut contra Pegaſi ſententiam decidit Ulpian. *in leg.* 9 *de rerum vend.* apud quem in lata hac ſententia in impropria acceptione erit exaudiendum poſſeſſionis nomen *in dict. leg.* 27. §. 1. *hoc titulo* alias melior eſſet ejus conditio qui latè ſolum, & impropriè, quam qui ſtrictè & propriè poſſidet, profectò autem licet alienationis prohibitio poſſeſſionis etiam tranſlationem comprehenderet adhuc tamen prædio contra prohibitionem diſtracto, & per traditionem accepto naturaliter emptor incumberet. ejuſque reſtituendi facultatem haberet, cum naturalis inſtantia ſubjici juris prohibitioni non poſſit, ac proinde poſſet ſine dubio vindicationi judicio convenire. Secundò reſpondeo eum, qui minoris prædium contra prohibitionem traditum accepit, ſtrictam etiam poſſeſſionem acquirere, & extra omnem controverſiam actionem in rem ſubire compelli; quod ut fundem, ſuppono injuſtam poſſeſſionem, quæ tamen jure civili reprobata civilem nullum effectum producit, naturalem quidem non civilem eſſe, *leg.* 2. §. *fin. leg.* 1. §. 1. *pro donato*, *leg.* 1. §. 9. *&* 10. *de vi, & vi arm. juncta leg.* 13. §. 1. *de hered. pet* 1. ſtrictam tamen eſſe, quiſquis enim poſſedet injuſtè, rem poſſeſſam non alieno, ſed ſuo nomine detinet, *leg.* 3. §. *ex contrario* 5. *de acquir. poſſeſſ.* ut dixi in *Academia de acquir. poſſeſſ. cap.* 2. *n.* 19. tunc ſi quiſquis minoris prædium adverſus prohibitionem ſibi traditam accipit, quamvis injuſtè illud, tamen non alieno ſed proprio nomine detinet, ſtrictam igitur, quamvis injuſtam, & naturalem tantum poſſeſſionem acquirit, ut probat *l.* 1. *Cod. ſi quis ignorans rem minoris ibi.* & poſſeſſio tetrahatur & *leg.* 2. *Cod. ſi major factus alien. ratam habuerit* Rurſus licet prohibita alienatio ſit inter virum, & uxorem donatarius conjux, rei ſibi donatæ, injuſtam quidem juris naturalem, & ſtrictam poſſeſſionem ideò acquirit, quia poſſeſſio cum facti ſit, infirmari jure civili nequit, *leg.* 1. §. 4. *leg.* 16. *de acquir poſſeſſ. d. leg.* 1. §. 10. *de vi, & vi armata.* textus intelligendus, cumque ſuperioribus conciliandus *in leg. inter* 46. *de donat. inter.* juncto Retes *lib. ſing. de donat. inter. cap.* 5. *num.* 4. ex eadem igitur ratione earum rerum, quæ alienari ſine decreto prohibentur, ſtrictam poſſeſſionem poterit in accipientem ſine decreto transferre.

4 Nec ex juribus ſecundo decreto expenſis evincitur, alienatione prohibita. poſſeſſionis quoque prohibitam tranſlationem intelligi, nam *dict. leg.* 4 §. 2. *de alien. jud. mut.* ad edictum illud ſpectat, quo cautum eſt, ut qui data opera per fraudem alienatione facta adverſarium alium ſubſtituerit, ut duriorem actoris conditionem efficeret, in factum eo nomine actione in tantum teneatur, quantum ejus interſit, ideoque adverſus eum qui per fraudem in alium poſſeſſionem tranſtulit locum habet, quia poſſeſſionis in potentiorem adverſarium facta tranſlatio duriorem actori efficit conditionem, edictum itaque illud dominii nec poſſeſſionis prohibet translationem ſed ejus fraudem, qui dominium, vel poſſeſſionem judicii mutandi cauſâ in potentiorem tranſtulerit, in factum act. coercet; præſens autem prohibitio quæ irritam adverſus ejus tenorem factam alienationem conſtituit, poſſeſſionis quæ in factu tota conſiſtit tranſlationem non comprehendit, ſed nec textus *in leg* 14. §. 5. *Cod. de Sacros. Eccleſ.* ſuffragatur, ubi poſſeſſionis nomine prædium ipſum ſignificari poteſt, antiquiores ad rem advertit Pom. *in leg.* 45. *Taur. n.* 25. ut & *in leg. interdum* 78. *de verb. ſign.* niſi. dicere quis maluerit poſſeſſionis verbum accipi de juſta poſſeſſione deberi quæ transferri, niſi requiſitæ ſolemnitates præceſſerint, nequit, prout accipiendum omninò idem profeſſionis verbum puto *in leg. unic. Cod. ne licere habitat. metro coma* 11. pro cujus, quoad rem aliam expoſitione videndus Amaya *lib.* 16. *obſer. num.* 20. nec difficilior eſt. *dict. lex.* 3 §. 3. *hoc titulo*, ubi ideo adhuc ruſtici minoris prædii poſſeſſionis propter rei judicatæ in actorem facta translatio jure ſubſiſtat, ad eam rationem recurritur, quod ſcilicet hujuſmodi poſſeſſionis alienatio ſeu tranſlatio ex neceſſaria cauſa deſcendit, quia de juſta poſſeſſione, & quam propter rei judicatæ exceptionem actori retinere licet transferenda tractatur, ut dixi *cap.* 2. *num.* 19. talis autem poſſeſſio, quam cum effectu minor vindicare non poſſit, niſi ex neceſſaria cauſa, transferri ſine decreto nequit, cum ejus alienatio quoad effectum dominii, quod perpetuam, peremptoriamque exceptionem vindicare cum effectu numquam poteſt translationem imponet, quod ſolum aſſerimus injuſtam poſſeſſionem quam avocare minor poteſt in accipientem ſine decreto transfertur. Demum nec magis obſtat *l.* 11. *de acq. rer. dominio.* Quod enim pupillus ſine tutoris autoritate in alium transferre poſſeſſionem nequeat, ex eo provenit, quod nullum animi judicium habet, at in præſenti, tutore vel curatore autore quamvis ſine decreto factam diſtractionem, eamque ſecutam traditionem ſupponimus, ex cujus cauſa in accipientem poſſeſſionem transferri decernimus.

Tertius prohibitæ alienationis effectus ille eſt, 5 quod minor non modo diſtractum. contra prohibitionem prædium, verum & ex eo perceptos fructus per ſeque extantes, quidem rei vindicatione, conſumptos autem conditione *dict. leg.* 16. *Cod. de prædiis & aliis rebus. leg.* 13. *verſicul. quamquam hoc titulo leg.* 14. *Cod. de prædiis, & aliis rebus leg.* 2. *Cod. ſi quis ignorans rem minor.* Quod ita procedit, ſi contra eum qui malâ fide poſſidet experiatur, ut in præfatis juribus præciſè eſt, alias à bonæ fidei poſſeſſore, nec extantes fructus etiam ſeparati ſeu percepti (de pendentibus nequit dubitari, qui tamquam prædii partes, & acceſſiones unâ cum ipſo prædio vindicantur. *leg. ritas* 44. *de rei vind.*) vindicari, nec conſumpti per condictionem peti dici poſſent, cum expeditum ſit prædii dominum ſeparatos jam, ut perceptos à bonæ fidei poſſeſſore fructus, quamvis extantes non vindicare ſed officio judicis conſequi. §. *& ſi* 2. *inſt. de officio judic. leg.* 4. § *lana* 19. *de uſucap.* juncto Galv. *de uſufructu cap.* 28. *num.* 10. & de fructibus à bonæ fidei poſſeſſore conſumptis agere aut vindicatione vel conditione nequit. *leg.* 4. §. 2. *fin. reg. leg.* 40. *in fin de acquir. rer. dominio dict. leg* 4. §. 19. *de uſucap.* §. *ſi quis* 35. *inſt de rer. diviſione.* Sed rei vindicatione petuntur, & quidem etiam poſt fundom vindicatum *leg.* 3. *de cond ctione. ex lege* textus ſic intelligendus *in leg.* 5. *Cod. de rei vindicat. & dict.*

§. 35. *inſt. de rerum diviſione* diſcriminis autem ratio inter bonæ aut malæ fidei poſſeſſorem in eo eſt, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus per ſeparationem, ſeu perceptionem acquirit *l bonæ fidei* 48. *de acquir. rerum dominio*. & fundi dominus ſeparatos quamvis extantes adhuc fructus quorum idem domious non eſt, cum unius ejuſdemque rei dominium in ſolidum penes duos eſſe nequeat *l.* 5. *§. fin. commodat*, non rei vindicatione qoæ ſoli domino competit, ſed judicis officio vindicatione ſubveniente perſequitur, malæ fidei autem poſſeſſor fructus ſeparatos etiam, aut perceptos ſuos noo facit, qui prædii potius domino acquiruntur, & in rem actione etiam poſt prædium vindicatum dominii jure petuntur, cum igitur *in dict. l.* 16. *Cod. de prædiis & aliis rebus*, fructus ex prædio contra prohibitionem diſtracto perceptos extantes rei vindicatione, conſumptos autem cundictione minorem conſequi dicatur, de eo qui prædium habebat, mala fide Imperatores ſine dubio loquuntur.

6 Sed obſtat quod à malæ fidei poſſeſſore non modo extantes verum, & conſumpti fructus in rem actione viudicantur ut ex eo conſtat, quod rei vindicatio non tantum contra poſſidentem competit ſed contra eum qui dolo malo deſiit poſſidere *l.* 27. *§. de rei vindicat. l. qui dolum* 131. *de reg. jur.* . . . malæ fidei autem poſſeſſor, quos fructus conſumpſit doio malo deſiit poſſidere, *in leg.* 16. *Cod. de præd. & aliis reb.* conſumptos fructus non vindicandos, ſed condicendos Imperatores decidunt; igitur non de fructibus à malæ fidei poſſeſſore conſumptis loquuntur. Huic difficultati quam ant non viderunt aut diſſimularunt D. D. ut reſpondeam pro certo ſtatuo conſumptos à malæ fidei poſſeſſore fructus in rem actione à prædii domino rectè vindicari, ſic *in leg.* 22. *Cod. de rer. vindicatione*, *& dict. §.* 35. *inſt. de rer. diviſione* ex antecedenti ratione, quam convincentem, & irrefragabilem exiſtimo. Nec contrarium probari *ex dict. l.* 16. ubi non negatur conſumptos à malæ fidei poſſeſſore fructus vindicare minorem poſſe, ſed præter vindicationem etiam condictionem minori competere aſſeritur, quam ultra omnes, quos viderim furtivam condictionem eſſe exiſtimo, nam licet malæ fidei poſſeſſor prædii furtum non committat. quod in res immobiles non cadit *l. quam rem* 38. *de uſucap. §.* 2. *inſt.* vel fructuum tamen, quos mala fide, & lucri faciendi cauſâ ſeparaverit, ſeu perceperit, furtum omninò committit, cum eos fraudulenter contracter *argum. l.* 12. *§. Julian.* 5. *de uſufruct.* quin impedimento eſſe poſſit, quod eos fructus dominus numquam poſſederit, cum in veriori ſententia quam latè & doctè fundat Retes 7. *opuſc. cap.* 2. *per tot.* ad hoc ut furtum fiat alienam ram fraudulenter contrectatam eſſe ſufficiat, quamvis dominus nec poſſeſſionem nec quidquam aliud prrter dominium habuerit, poterit itaque prædii dominus conſumptos à malæ fidei poſſeſſore fructus aut vindicare aut per furtivam condictionem perſequi *dict. l.* 12. *§* 5. *de uſufruct.* cum domino contr faurem præter rei vindicationem etiam furtiva condictio competat, *l. ult. in fin. quemadmodum uſusfructus cau. §. ult. inſt. de oblig. quæ ex delict. §.* 4. *inſt. de act.* juncto Duar. *ad titul. digeſt. de condictione tritic.* de qua quoque furti condictione intelligo. *l.* 3. *Cod. de condictione ex lege. & ſine cauſa vel injuſta cauſa*, qui non ideo à rubro ſub quo jacet alienus videri debet, furtivam enim condictionem ex injuſta cauſa condictionem appellari, nihilque prohibet, cum nec injuſta alia magis quam furtum eſſe poſſit, idem hoc ita oſtendo tam *in dict. l.* 16. *Cod. de prædiis & aliis rebus* quam *in dict. l.* 3 *Cod. de condict.* ex lege extantes fructus à malæ fidei poſſeſſore percepti vindicari dicuntur, quos tamen peti etiam poſſe per furtivam condictionem negari ſalvâ juris ratione nequit, ſimiliter ergo quamvis conſumpti petendi per furtivam condictionem dicantur, non ideo vindicari eos poſſe negatur, quemadmodum, nec ex eo quod contra furem, qui maturos jam fructus decerpſit, furtiva condictio competere dicitur *in dict. l.* 12. *§.* 5. *de uſufruct.* rei vindicatio cenſeri debet ex cauſa quam furtiva condictione competere nuper diximus.

Vel dici nec inſubtiliter poſſe crediderim, 7
quod licet tam conſumpti quam extantes fructus à malæ fidei poſſeſſore poſſint aut per rei vindicationem, aut per furtivam condictionem avocari, ideò tamen circa extantes rei vindicationem, circa conſumptos condictionem competere *in dict. l.* 3. *Cod. de cond. ex leg. & dict. l.* 16. *Cod. de prædiis & aliis rebus.* Imperatores reſcribunt, quia extantes per in rem actionem æque ac per furtivam condictionem prædii dominus poteſt avocare, conſumptos autem facilius ſecuriuſque per furtivam condictionem quam per rei vindicationem. Ratio differentiæ, quia rei vindicatio tantum adverſus poſſidentem aut qui dolo malo deſinit poſſidere, competit *dict. l.* 27. *§.* 3. *de rei vind. dict. l.* 131. *de reg. jur.* contingere autem facile poteſt ut malæ fidei poſſeſſor fructus, quos fraudulenter perceperit ſine dolo poſſidere deſierit, veluti ſi incendio fortuito, aliove caſu conſumpti corruptive ſint, & tunc in rei vindicationis judicio erit abſolvendus, *l.* 36. *prin. & §.* 1. *de rei vindicatione*, furtiva autem condictio contra furem competit, etiamſi nec poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere *§. fin. inſt. de oblig. quæ ex delict.* & per eam etiam rationem ſive malæ fidei poſſeſſoris dolo conſumpti vel culpâ fructus avocantur *leg. in rem* 8. *§. ult. de condict. furt. l.* 2. *Cod. eod. tit.* condictio namque furtiva competit contra furem tanquam furem qui perpetuo ex tempore furti moram committere videtur, quæ etiam in caſu fataliter peremptæ rei ſubreptæ perpetuam obligationem efficit *dict. l.* 8. *§.* 1. *dict. l. fin. de condict. furtiva. juncta reg. l.* 91. *§. ſequitur* 3. *&* 4. *de verb. oblig.* ad differentiam vindicationis quæ licet contra furem exerceatur, non tamen in eum tanquam furem ſed tanquam poſſeſſorem exercetur non furti, poſſeſſionis tamen ratione, furti autem conceptu ceſſante nec moræ conceptus ſupereſt, quæ in caſum rei fataliter peremptæ poſſit vindicationem protrahere. & quia moræ effectus ille eſt, ut perpetuam obligationem efficiat quæ nulla eſt, quæ perpetuari dici poſſit ex parte poſſeſſoris, qui in rem actione convenitur *§.* 1. *verſ. autem inſt. de act.* . . nisi in

Digitized by Google

tem conteſtatam ponamus, nam mora ex litis conteſtatione contracta poſſeſſoris obligationem ex judicii quaſi contractu dimananiem *l. 3. §. idem 11. de peculio*. perpetuam efficit *leg. illud. 40. de hered... petit...* plenior ergo eſt condictio furtiva, quam vindicatio ut docet, licet non ita fundet Donell. 15. *comm. cap.* 19. facilius ſecuriusque per condictionem furtivam quam rei vindicationem conſumpti fructus poterunt à malæ fidei poſſeſſore avocari. Sed dices fructus dolo malæ fidei poſſeſſoris conſumpti non per vindicationem ſed per furtivam tantum condictionem debent avocari, nam res quælibet dolo malæ fidei poſſeſſoris extinctæ non vindicandæ ſed per furtivam condictionem perſequendæ à Juſtin. dicuntur *in §. 26. de rer... divis.* Ergo vindicatio extantes tantum, non etiam conſumptos à malæ fidei poſſeſſore fructus perſequitur. Reſpondeo tamen generalem eam Juſtin. Sententiam ad terminos in quibus loquitur reſtringendam alienæ nimirum purpuræ proprio veſtimento inſertæ. Quæ quandiu veſtimento cohæret integra quidem manet, pro extincta tamen quia veſtimento cedit, habetur, nec vindicari prius poteſt quam actione ad exhibendum fuerit à veſtimento ſeparata *l. 23. §. item 5. de rei vind. l. Gemma 6. ad exhibendum*, & ſi mala fide fuerit intexta, nam rei vindicatio quæ contra eum competit qui dolo poſſidere deſiit utilis, non directa eſt *l. 3. §. fin. de alien. jud. mut.* Oſual. 2. *comment. cap. 3. littera L.* nec competere aliter poteſt, quam ſi directa deficiat vindicatio *ex leg. 26. §. convenit 3. de pact. dotal. & §. fin. inſt. ad leg. Aquil....* & ideò contra eum qui mala fide alienam purpuram proprio veſtimento intexuit non competit, quia contra eum directa poteſt vindicatio exerceri, ſi prius ad exhibendum actum, & purpura fuerit ſeparata, quæ tamen etiam dum veſtimento cohæret. in furtivam venit condictionem, ut pote quæ ei etiam qui dominium amiſit, abſque facto ſuo & contra furem quamvis non poſſideat competit, *leg. 17. prin. l. fin. de condictione furtiva.* In his itaque tantum terminis alienæ ſcilicet purpuræ proprio veſtimento intextæ cæterarumque rerum, quæ aliis adjunctæ, ſive adjectæ acceſſioois loco cedunt, in præfato ſenſu verum eſſe poteſt, quod *in dict. §. 26.* extinctas res vindicari non poſſe Juſtin. ſcribit, nam res alias dolo malæ fidei poſſeſſoris extinctas utili vindicatione peti poſſe non debet dubitari; quod & de fructibus malæ fidei poſſeſſoris dolo emptoris dicendum eſt.

8 Cæterum ſi his qui contra prohibitionem prædium emerit, bonæ fidei poſſeſſor ſit, univerſos qoidem ſeparatos, aut perceptos fructus ſuos facit, expreſſus textus *in dicta l. 48. verſ. veluti de acquir. rer. dominio* jonctis quæ pro ejus explicatione dixi *cap. 2. num. 20. & in dict. l. 2. Cod. ſi quis ignorans rem minoris* Caſtillo *de aliment. cap. 63. num. 6.* rei ejuſdem venditione conventus extantes judicis officio cogitur reſtituere, de conſumptis autem non tenetur, ut dixi *num. 5.* Verum dices, bona fides per ſe ſola, niſi ſit titulo juſto ſubnixa, fructuum acquiſitionem non inducit ut expreſſè decidit Juſtio. quem rectè ita accipiunt inſtit. Ioterpretes *in dict. §. 35. de rer. diviſ.* ibi *fundum emerit ex donatione, vel qualibet juſta cauſa aquè bona fide acceperit.* Sed contra prohibitionem diſtractio cum jure ſit reprobata juſta cauſa nequit dici; ergo bonæ fidei poſſeſſor, quod contra prohibitionem emerit, perceptos fructus ex juſti tituli defectu ſuos efficere nequit; ſed reſpondeo tum demum bonæ fidei poſſeſſorem, qui prædium contra prohibitionem emerit, fructus ſuos fecii, cum juſto titulo, munitus eſt, & qui efficax ad uſucapionem eſſet, niſi alienationis prohibitio uſucapionem etiam comprehenderet, veluti ſi juſto, & probabili errore facti deceptus prædium emerit à minore forſan, quem propter reſpectum majorem putavit ætate, aut à furioſo, quem in conſpectu inumbratæ quietis conſtitutum ſanæ mentis putavit ut *in leg. 7. §. 2. de public. leg. 13. §. 1. de uſucap. leg. 2. §. 15 & ſequenti pro emptore.* in quibus terminis, vel aliis ſimilibus accipe *leg 2. & qui ignorans rem minor.* ut docet Pinell. *in leg. 2. de reſcind. venditione 2. part. 14 n. 35. cum ſequenti*, & ſi nulla ſit emptio propter interdictionis poteſtatem, nec detur titulus pro emptore, datur tamen ſpecialis titulus pro ſuo, ex juſto errore proveniens, qui quemadmodum juſtus eſt ad uſucapionem, ut conſtat ex dictis juribus, junctis, quæ dixi *in Academia de uſucap. cap. 3. ex n. 31.* dummodo ea res diſtracta proponatur, quæ comprehenſa in alienationis prohibitione non ſit, in qua ſuppoſitione exaudiendos eos textus admonui *cap. 2. n. 23.* ita, & juſtus, & efficax ad fructuum acquiſitionem quamvis prædium alienari prohibitum ſit; ille enim titulus juſtus ad fructuum acquiſitionem cenſetur, qui ſui naturâ ad uſucapionem eſt, quamvis aliàs propter rei vitium, aut impedimentum uſucapione procedere nequeat, ut videre eſt in fructibus ex fundo vi poſſeſſo, aut præſidi contra leg. Juliam repetundarum donato perceptis qui ideo bonæ fidei emptori acquiruntur, quia titulus pro emptore ſui natura juſtus ad uſucapionem eſt, quamvis alias fundus propter reale vitium uſucapionem non recipiat quod fructuum acquiſitioni non obeſt *leg. 48. de acquir. rer. dum.* Ubi hoc ipſum de fructibus ex pupillari fundo à bonæ fidei poſſeſſore perceptis Paul. Reſpondet quorum ſimiliter acquiſitio propter bonam fidem juſto etiam titulo ſpeciali pro ſuo nititur quamvis alias fundus uſucapionem propter juris interdictionem effugiat.

Sin autem qui juris errore deceptus ſine de- 9
creto minoris prædium emerit, falsò putans, decreto non eſſe opus, nec naturales, nec induſtriales fructus ſuos fecit in meliori ſententia quam tuentur Pinell. *in dict. leg. 2. Cod. de reſcindenda venditione part. 2. cap. 4. ex n. 34.* Gutierres *de tut. part. 2. cap. 5. n. 17. cum ſequentibus*, Amaia *in leg. 1. Cod. de fide, & jur. haſtæ Fiſcal. n. 13. 14. 15.* & probatur primo *ex dict. leg. 13. verſ. quamquam hoc titulo Cod. de prædiis, & aliis reb.* in quibus indiſtinctè minoris prædium contra prohibitionem diſtractum cum fructibus reſtituendum docemor quod & in Eccleſiarum prædiis ſine ſolemnitate diſtractis procedit *l. 14. §. 1. Cod de ſacroſ. Eccleſiis cap. ſi quis 6. de reb. Eccleſ. alien. vel non*; ſecundò ex eo quod malæ ſidei poſſeſſor exiſtimatur, quiſquis contra legum interdicta mereatur. *l. quia quolibet 27. de contrah. emptione leg. 7. Cod. de Agric.*

& cenſ. lib. 11. cap. 46. de reg. juris juncta. leg. leges 9. Cod. de legibus quam rectè Pinellus interpretatur *in dict. l. 2. Cod. de rer. vendit. part. prima cap. 2. n. 31.* ergo malæ fidei poſſeſſionis exemplo univerſos fructus cogitur reſtituere; tertiò *ex leg. hæres 11. de his, qui ut indign... l. 4. Cod. ſi vendit. pignoris agatur l. 1. Cod. de fide & jur. haſtæ fiſcali.* in quibus quiſquis contra juris prohibitionem poſſidet, malæ fidei poſſeſſor eſt, univerſos fructus reſtituit, quarto, ex eo quod juris error, nec ſpecialem pro ſuo titulum producit, *l. 31. prin. de uſucap. leg. 2. §. 15. pro emptore* ſed bona fides per ſe ſolam niſi ſpeciali titulo, pro ſuo ſaltem nitatur, fructuum acquiſitionem non producit, ut ante dixi ergo juris errore ductus ſeu deceptus contra prohibitionem prædium comparavit, licet maximè bonam fidem habuerit ex defectu tituli fructus acquirere nequit, quinto, denique ex eo quod juris error, ut potè qui injuſtus eſt, & ſtultitia potius quam error *l. 9. §. fin. de jur. & fact. ignor. l. 4. quod vi, aut Clam.* quamvis in damnis non noceat, nec in lucris prodeſt *l. 7. & 8. de jur. & fact. ignor.* Nec ergo debet in lucro fructuum acquiſitioni prodeſſe.

10 Nec dicat quis, juris errorem, quia in lucris non prodeſt, ad naturales fructus acquirendos, quorum acquiſitio merum lucrum eſt, non prodeſſe, ad induſtriales verò acquirendos prodeſſe, alias contra præfatam juris regulam in expenſarum damnis noceret juxta *l. fructuum 48. de uſur.* quam ſic accipiunt, & *cum l. 48. de acquir. rer. dominio;* conciliant plerique quos ſequuntur Vinn. *in dict. §. 35. de rer. divis. & 1. ſelect. cap. 25.* & Retes *in M. S.. de fructibus tract. n. 91.* nam hæc opinio cui, & nos ſine examine aliquando ſubſcripſimus *in cap. 2. n. 22.* Nec probatur ex textu *in dict. l. 45.* quam eleganter explicat, & *cum dict. l. 48.* conciliat Galvan. *de uſufruct. cap. 28. n. 14.* & ex eo propterea, manifeſtè convincitur, quod licet is, qui juris errore, deceptus prædium adverſus prohibitionem emit induſtriales fructus non acquirat, non tamen ideo damnum experitur, imo quas quærendorum fructuum cauſa expenſas erogaverit, per doli mali exceptionem poterit retinere *dict. l. 16. in fine Cod. de prædiis, & aliis reb.* ergo nec induſtriales fructus acquirit, alias ſi fructuum æſtimatio quod frequentius longè expenſatum pretium ſepararet in lucro pro rata majoris æſtimationis fructuum contra ſuperiorem regulam juris error prodeſſet. Sed dices adhuc juris error ſi liquido probetur poſitivam bonam fidem inducit *l. 25. §. 6. de pet. hæred. l. 12. §. 3. de lib. cauſ.* nam bona, vel mala fides in facto non jure conſiſtit. *l. 46. §. 1. verſ. iſtud de acquir. rer. dominio.* ergo qui juris errore deceptus prædium contra prohibitionem emit, cum bonæ fidei poſſeſſor ſit fructus acquirit, ut hoc ſolo fundamento conveniri tentant Covarruvias *in reg. poſſeſſor. 2. part §. 1, n 6. cum ſequenti & titulo 2. var. lib. 1. cap. 3. n. 7.* Garcias *de expenſis cap. 23. ex n. 24.* Solorzano *tom. 2. de Indiar. gubern. lib. 2. cap. 29. cum aliis.* Joſeph de Vela *diſſert. 38. n. 97.* ſed præter quam quod, & dato quod juris error poſitivam bonam fidem induceret nec magis ad fructuum acquiſitionem ſufficeret, quæ ſine juſto titulo nunquam procedit, quam error juris non parit, reſponderi adhuc poteſt liquido probato juris errore à dolo quidem excuſare *§. 1. Inſt. de vi bonor. raptor...* quod ſolum deſumitur *ex dict. leg. 25. §. 6. de petit hæred. & ex dict. l. 12, §. 3. de lib. cauſa* ut docet Faber *in dict. l. 25. §. 6.* Pinell. *in dict. l. 2. Cod. de reſcind. vendit. part. 5. cap. 4. n. 35.* & Pich. *in dict. §. 1. de vi bonor. raptor. n. 38. cum ſequenti*, nec tamen poſitivam bonam fidem induceret quæ licet tota in facto conſiſtat *l. 48. §. 1. de acq rer. dom.* ex juſto ſolum, & verbali errore debet, quoad fructuum acquiſitionem oriri, qualis juris error neque idcirco inducere fructuum acquiſitionem non poteſt. 11

Quartus, & ultimus caſus prohibitæ diſtractionis, eſt ille, quod pro minore qui prædium contra prohibitionem diſtraxerit, fidejuſſor acceptus non tenetur, nam propter poſitivam juris reſiſtentiam ex hujuſmodi diſtractione, nec naturalis quidem cum effectu naſcitur obligatio, cui accedere fidejuſſor dici poſſit, ut in non diſſimilibus ſpeciebus probant ab argumento textus *in leg. 16. §. 1. ad Velleian. lib. 6. de Verb. Oblig.* pro cujus expoſitione videndus Bezerra *in diſſertationibus Salmant... lib. 3. de prodig. cap. 5. ex n. 8. leg. fidejuſſori 24. de donationib. leg. 47. in princ. de fidejuſ.* Juncto Retes *de donationibus cap. 19. n. 7. & lib. tertio de interdict. & releg. n. 96.* & à contrario ſenſu probat *l. 2. Cod. de fidejuſſ.* conducunt quæ tradit Bezerra *de non meliorandis dotis ratione filiabus cap. 35. per totum;* huic tamen doctrinæ opponi videtur *l. 46. de fidejuſſ.* ubi ait Conſultus quod cum lex venditioni reſiſtit, fidejuſſor quoque liberatur, quia per hujuſmodi actionem ad reum pervenitur, id eſt, quia alioquin nec in effectu reus ipſe liberatur propter fidejuſſionis regreſſum; ſentit ergo, ubi reus principalis fidejuſſoris regreſſum non veretur, id eſt quoties fidejuſſor licet ſolverit, mandati judicio convenire reum principalem nequit, veluti ſi donationis cauſa interceſſerit, ut *in lege 32. de pactis cum ſimilibus*, etſi maximè venditioni lex reſiſtat, non ideo fidejuſſor liberatur, ſed pro minore acceptus fidejuſſor, licet pro eo ſolverit, mandati tamen actionem contra eum non habet *l. 25. de fidejuſſor.* ergo licet lex à minore ſine decreto factæ diſtractionis reſiſtat adhuc pro minore acceptus fidejuſſor tenetur, ut potè cujus regreſſum vereri non debet. Huic difficultati, in cujus ſolutione libenter immorarer, niſi temporis anguſtiis nunc maximè premerer, breviter primo, reſpondeo quod licet fidejuſſor qui pro minore ſine autoritate tutoris interceſſit, mandati actionem non habeat qui tamen pro minore vel curatore autore, vel pro adulto ſine curatore degenti interceſſit, mandati judicio poteſt contra minorem conſiſtere *leg. 1. Cod. de fideicom. minore, cum ſimilibus* in præſenti autem non ex defectu autoritatis tutoris, aut curatoris, ſed tantum ex decreti defectu inutilem prædii diſtractionem ſupponimus, qui, ſi fidejuſſoria obligatio ſubſiſteret, mandati actionem fidejuſſori adimere non poſſet, ſecundo & melius reſpondeo quod etſi fidejuſſor pro minore prædium contra prohibitionem diſtrahente donationis causâ intercesserit, nec ullum regreſſus periculum verſetur, non eo magis obligatur propter naturalis obligationis defectum, ex poſitiva juris reſiſtentia productum *argum. leg. 16. §. 1. ad Velleian. & leg. 6 de Verb. Oblig.*

Digitized by Google

noc tunc obſtat. *l. 46. de fidejuſſor.* nam ot optime prævidit Faber 8. *conject. cap.* 5. Couſulti ille dicendi modus, eo magis, quod per hujuſmodi actionem ad rem pervenitur inducat aliam præter eam rationem, eamque propriam magis & germanam fidejuſſoris liberationem ioducere poſitivam nimirum juris reſiſtentiam quæ ſicuri naturalem obligationem excludit, ſic & fidejuſſoriam obligationem, licet nullus regreſſus rimor verſetur, inutilem ab initio conſtituir, ſed tuuc exempla alia merito inquires, quæ poſſint generali Conſulti deciſioni adaptari, quæ nec præſtitere, qui hujus rextus meminerunt, Faber ubi ſupra Caldas *de empr.& vendit.cap.* 32.*num.* 12.& 13. Valero *de tranſact. titulo* 1. *queſt.* 8. *num.* 25. oec aſſecutus in Dom. Retes *in manuſcriptis de fideicom. cap.* 3. *num.* 99. qui oritot text. *in dict. leg.* 24.*de donationib.* qui ramen non de vendit. ſed de Donat.tractat. sūt itaqoe exempla ponenda non ſolum in terminis fidejuſſoris pro minore, qui conrra prohibitioοem prædii in diſtrahente accepti, qui ſive regreſſum ſit habiturus, ſive non, inutilirer accipitur, ſed, & fidejuſſoris venditionis dotalis prædii contra leg. Jul. factæ ſecuritare intercedentis qui indiſtinctè non obligaror, ut pro expoſitione, *dict. leg.* 16. docent Accurs.Bart. Paul. Caſtr. in eo textu *cap.* 10. *num.*256. *eum ſequenti, &* 261. Gom. *in leg.* 50. *tauri num.* 6. vel pro eo qui Provinciæ Præſidi prædium in eadem Provincia ſitum contra juris prohibitionem vendiderit, accepto qui ſive regreſſum ſit habiturus ſive non propter poſitivam juris reſiſtenriam de qua *in leg.* 61. *de contrah. empt.* numquam obligatur, vel in aliis demum caſibos jure reprobatis quos inveſtigare ſi vacaret eſſet facillimum.

12 Ex eadem poſitivæ juris reſiſtentiæ ratione, quæ & naturalis obligationis conceptum ſubmovet neque pignora eorum etiamque rerum quæ comprehenſæ in prohibitione non ſunt ob inurilis diſtractionis ſecuritatem, ſive evictionis nomine ſive ab eodem minore ſive ab alio miuoris nomine dara poſſunt obligari *argum. leg.* 2. *quæ res pignor. junct. dict. leg.* 16. *ad Velleianum,& reg. leg.* 5. *& leg.* 14. *de pignore.* ſed tunc acrius obſiſtere viderut *l. 9. Cod. de prædiis, & aliis reb.* ubi ſi curator qui prædium minoris contra prohibitionem diſtraxerat ob evictionis periculum, rem propriam pignori dederit, vel diſtractio fuerit per ſententiam ioutilis declarata; pignoris tamen perſecutio perſeverat, nec difficulratem dilount Giphan. *in dicta leg.* 9. *&* alii quos refert Meſa 2. *variar. cap.* 31. *num.* 2. Dum aiunt quod licet regulariter jure reprobatæ obligationis principalis nomine obligari pignos nequeat, hæc tamen regula fallit, quoties ſpeciali aliquo jure,propter alicujus ſpecialis perſonæ favorem, ut in præſenri contingir, principalis improbatur obligatio *argum.leg.fin.§.fin de condict.indeb.*hæc namque ſolutio ex eo evidenter iofringiror quod operarum liberario propter liberos ſpeciali legis Juliæ providentia liberti perſonæ tribuitur, & ramen pignus non minus, quam fidejuſſoriam obligationem extinguit, *leg.* 37. §. *fin. de oper. libert.* junct. quæ rradunt Beſa *dict. lib.2.variar. cap.* 16. *per totum*, qui & conſulendus erit *dict. cap.* 31. *num.* 3. pro expoſitione *dictæ leg. fin.* §. *fin. de cond. ind.* & Ramoſa *ad leg. Juliam & Pap. lib.* 4. *reliq.* 9. *num.* 21. Quod ergo propter minoris prædium contra prohibitionem diſtrahenris favorem principalis obligario pignoris ob evictionis pericolum dati inducere validitatem non debuit, ſed nec melios reſpondet Heringius *de fidejuſſor. cap.* 10. *num.* 259. *cum duobus ſequentibus* Meſa 2. *Variar. cap.* 31. *num.* 14. à curatore factam ſine decreto diſtractionem inutilem quidem reſpectu diſtractionis eſſe, in odium tamen curatoris quod ad ipſum attinet ſuſtineri *leg. illicite* 10. *hoc titulo* ideoqoe *in dict. leg.* 9. pignora ex rebus propriis ob evictionis pericolum à coratore data teneri, nam qui à curatore ſine decreto minoris prædium accepit vel ſcivit, vel ſcire deboit curatori ſine decreto minoris prædia diſtrahendi facultatem non eſſe, nec curatorem ſibi potuit de evictione obligare *ex reg. leg. ſi fundus* 27. *Cod. de evict.* deficiente aurem principali evictionis obligatione ob evictionis pericolū data pignora nequeunt obligari, nec diſtractionem reſpectu curatoris ſubſiſtere probat *leg.* 10. *hoc titulo* ut ſtatim videbimos, dicendum itaque potius eſt ex mente Ant Gom. *in dict. leg.* 50. *tauri num.* 60. multum intereſſe, an tutor curatorve minoris prædium tanquam minoris; an autem tanquam proprium ſine decreto diſtraxerit? ita ut primo caſu ſi tanquam minoris nec de evictione principaliter obligerur *ex leg.* 27. *Cod. de evict.* nec quæ ex rebus etiam propriis eo nomine dederit pignora, teneatur, ſecundo autem caſu, ſi tanquam proprium prædium ut in *l.* 3. *C. de præd. & aliis rebus*, diſtraxerit *l.* 1. *C. ſi quis ignorans rem. min.* cum utilis ſir venditio ex regula *l. rem* 28. *de contrah. empt.* & de evictione ignoranti emptori principaliter obligetur,& quæ ex propriis rebus pignora eo nomine dederic teneantur in quibus ſecundi ſcilicet hujos caſus terminis accipienda *l.9.C.de præd.& aliis reb.min.*

Ad ſecundam jam hujus capitis & ultimam commentarii noſtri partem devenimus, inutilis ab inirio diſtractio directò & uriliter poteſt ex poſt facto convaleſcere, directò per expreſſam aut tacitam in majori ætate ſecutam ratihabitionem *l. 6. C. arbitr. tut. l.1.2. C. ſi major fact. alienat. arg. l.* 5. rem ratam haberi docent Caldus *in l.* 3. *C. de in integ. reſtit. verbo intra legitimum num.* 18. 19. *&* 23. Hermos. *l.* 4. *tit.* 5. *princ.* 5. *gloſſa* 2. *num.* 47. *&* 50. Conſulendi omnino pro expoſitione *legis difficilis* 3. §. *ſcio.* 2. *de minoribus* ejuſque conciliatione *cum l.* 30. *eod. l.* 7. §. 1. *de lib. cauſ. l.* 1. §. 1. *quibus ad libert.* expreſſa autem aut tacita ratihabitio non id efficit ut utilis ab initio diſtractio fuiſſe retrocredatur, ſed illud operatur ut ex ratihabitionis tempore convaleſcat; quod enim vulgo dicitur retro ratihabitionem operari *in l.* 12. §. *fin. de ſolut. l. fin. C. ad Macedon.* ubi Donellus *num.* 9. & adeo verum eſt ſi utriuſqoe temporis & à quo incipit & ad quod trahitur habilitas detur ut *ex l. penult. rem. rat. hab.* ut ex Bartolo tradir Larrear 2. *ſelect. cap.* 5. *num.* 13.Profecto aurem ſi tempus ſine decreto factæ diſtractionis attendimus poſitivam inhabiliratem invenimus, quæ impediat ut ratihabitionis poteſtate utilis ab initio diſtractio fuiſſe credatur. Rurſus licet ratibabitio ex quo ſubſecuta eſt utilem ſine decreto factam diſtractionem conſtituat, non ideo dolum circa pretium in diſtractione commiſſum remittit, niſi circa ejus remiſſionem ſpecialis conventio interceſſerit, imò qui major factus 13

in minori ætate ſine decreto factam diſtractionem ratam habuerit, ſi quidem deceptus in pretio fuerit poterit à tutore vel curatore qui ſine decreto diſtraxerit, vel ab ejus hæredibus reſiduum pretium conſequi *dict. l. 16. C. arbitr. tut.* vel eo nomine cootra emptorem conſiſtere, in cujus arbitrio erit, vel reſiduum pretium cum fructibus reſtituere, ita tamen ut funebrem pecuniam cum competentibus uſuris accipiat *dict. l. 1. C. ſi maj. fact.* quod noo ſolum ubi læſio ultra dimidium juſti pretii interceſſerit juxta terminos *l. 2. C. de reſcind. vend.* ad quos ea jura immeritò reſtringenda putarunt Accurſ. Cujac. Gottofred. Henn. ubi ſup. *num.* 87. Gomez. 2. *variar. cap.* 14. *num.* 11. Sed licet læſio dimidiam juſti pretii partem non attingat, procedere verius cenſeo, tum quia præfata jura & *l. 1. C. ſi major fact. rem rat. hab.* de dolo & læſione indefinite loquuntur, nec curant an læſio ſit ſit intra vel ultra dimidium juſti pretii, tum & precipue, nam dolus circa prætium in diſtractione commiſſus licet dimidiam partem non attingat poteſt ſpeciali conventione remitti ex *l. 4. & penult. de tranſa l.* in generali tamen diſtractionis ratihabitione ex defectu voluntatis remiſſum non intelligitur *l. 9. verſ. ſed ſuperius de neg. geſt. arg. l. 6. S. § pen. cum ſeq. l. 20. §. 1. de liber. leg.* junctis quæ tradunt Santolar. noſter 1. Larreateg. 2. *ſelect. cap. 9. per tot.* ergo ſi propter decreti defectum non modica circa pretium læſio interveniret etiam poſt ratihabitionem ſubſecutam reſiduum pretium deberet vel ab emptore vel à tutore vel curatore qui ſine decreto diſtraxit reſtitui.

14 Per præſumptam etiam ratihabitionem ſtatuti temporis tranſcurſu, & imperiali conſtitutione fulcitam ex decreti defectu inutilis ab initio alienatio directo poſtea convaleſcit *l. fin. C. ſi major fact. alien. fact.* ubi noviter Juſtinianus induxit, ut ſine decreto ex oneroſa cauſa inutiliter facta alienatio, ſi quidem major factus intra continuum quinquennium ex quo ipſe ad legitimam viginti quinque annorum ætatem pervenerit numerandum ſiluerit, nec conqueſtus quidquam fuerit. perinde ſubſiſtat ac ſi ab initio legitimo decreto alienata fuiſſet res, quamvis alias ad implorendam reſtitutionem contra utilem validumque contractum in minori ætate celebratum poſt legitimam impletam ætatem continuum dumtaxat quadriennium ex nova ejuſdem ſanctione ſit ſtatutum *in l. ult. C. de temp. in integ. reſtit.* quinquennium autem intra quod alienationis ſine decreto factæ nullitatem allegari debere Juſtinianus conſtituit, his etiam æquitatis veniam impetrantur ſolum poſt legitimam ætatem currere incipere conſtat *ex dict. l. fin. C. ſi maj. fact.* quamvis ad petendam reſtitutionem rectè docet Retes 7. *opuſc. cap. 4. num.* 68. ſi autem alienatio ex lucrativa donationis cauſa proceſſerit, quæ nec cum decreto utiliter potuiſſet expediri, firmitatem non aliter habet, quam ſi poſt legitimam ætatem impletam inter præſentes decennium, inter abſentes vicennium acquieſcente donatore elapſum ſit, quod & in ejus qui ſine decreto diſtraxit hærede ſervatur, qui intra tempus, quod defuncto ſuperfuerit, nullitatem poterit allegare *dict. l. ult. C. ſi maj. fact. arg. l. 19. C. de jur. delib.* junctis quæ dixi *in Academ. de tranſmiſ. hæred. cap. 3. num. 16.* Nec autem præſumpta hujuſmodi ratihabitio ex ſtatuti temporis tranſcurſu dimanans efficit ut ab initio utilis alienatio retrocredatur, prout cum aliis falsò ſentit Caſtillo *de alim. cap. 63. num.* 34. nec enim ampliorem debet efficaciam ſortiri quam expreſſa vel tacita quod vero *in l. ult. C. ſi maj. fac.* perinde poſt ſtatuti temporis tranſcurſum alienationem tenere, ac ſi ab initio legitimo decreto res alienata fuiſſet Juſtinianus ſcribit, non ad retrotractionem ſpectat, ſed illud ſignificat, perinde expreſſum ratihabitionis tempore alienationem ſubſiſtere, ac ab initio ſubſiſteret, ſi legitimo decreto res alienata fuiſſet, ſeu quod idem eſt ad alienationis validitatem ratihabitionem eamdem firmitatem inducere, ac ſi cum decreto facta eſſet. Sed dices imo nihil novi Juſtinianum ea conſtitutione induxiſſe, nam & Gordiani, Diocletiani, Maximiniani qui multò ante Juſtinianum vixerunt temporibus, ſi minor qui ſine decreto detraxerat, aut donaverat poſt legitimam ætatem impletam per ſtatutum tempus ſiluiſſet, nec quidquam queſtus eſſet, per præſumptam ratihabitionem alienatio convaleſcebat, ut eorum Principum deciſiones oſtendunt *in l. 13. & fin. C. ſi quis ignorans rem min. l. 2. C. ſi maj. fact. alien. fact.* & ad donationem firmandam decennii ſi inter præſentes, & inter abſentes vicennii tranſcurſus requirebatur *l. fin. C. ſi quis rem. min.* Huic difficultati quæ Gotofred. & alios dicere coegit nihil novi Juſtinianum præfatâ conſtitutione induxiſſe reſpondet merito Bartolus *in dict. l. fin. C ſi major fact.* multum intereſſe, an minor ipſe, an tutor vel curator ſine minore, vel tertius aliquis ſine decreto diſtraxerit aut donaverit, ita ut primo caſu nova Juſtiniani conſtitutio locum habeat, in ſecundo autem procedant leges in argumento expenſæ quam Bartoli ſolutionem ita explico: ſi quidem is qui minoris prædium ſine decreto comparaverit aut ex donatione acceperit, bonam fidem juſtumque titulum habuerit, veluti ſi prædium non minoris ſed tutoris vel curatoris eſſe crediderit ut *in dict. l. 1. C. ſi quis ignorans rem min* vel ab eo cui tutor vel curator vendiderat, vel donaverat comparaverit *in dict. l. 3. & fin. eod. tit.* veteri quoque jure poterat poſtquam minor ad legitimam ætatem perveniſſet prædium ſive Italicum ſive provinciale per ſtatutam tempus uſucapere ſeu præſcribere, nam poſt legitimam impletam ætatem ceſſat omnino juris prohibitio quæ ante uſucapionem impediebat ut dixi 2. *cap. num.* 22. in his autem terminis in quibus expreſſè procedunt *dict. l. 1. 3. & fin. Cod. ſi quis ignorans*, & accipiendus omnino eſt textus *in l. 2. C. ſi maj. fact.* nova Juſtiniani conſtitutio *in dict. l. ult. C. eod.* locum habere nequit, nec enim quem minor non geſſit contractum ex eo quod major factus per ſtatutum tempus ſiluerit, debet ratum habere præſumi, cæterum ſi minor idem ſine decreto diſtraxerit, vel donaverit ſi quidem major factus per ſtatutum tempus ſiluerit hoc ipſo alienationem ratam habere præſumitur, & præſumptâ ratihabitionis vi ex Juſtiniani conſtitutione alienatio convaleſcit. & ſi is qui à minore prædium accepit malæ fidei poſſeſſor ſit, qui non uſucapionis, vel præſcriptionis ſed præſumptæ ratihabitionis ratione dominium poſt ſtatuti temporis tranſcurſum adipiſcitur.

Utiliter etiam nonnunquam per doli mali 15
exceptionem

exceptionem quæ ex decreti defectu ab initio fuit inutilis alienatio convaleſcit, ut ecce, ſi contra tutorem vel curatorem, qui minoris prædium ſine decreto diſtraxerat directa tutelæ, vel utili negotiorum geſtorum actione actum ſit, & judex in diſtracti prædii exiſtimatione tutorem vel curatorem condemnaverit, eamque ſibi ſolutam minor receperit quamvis ſtricto jure attento prædium adhuc ab emptore poſſit vindicare qui non ideo dominium acquiſivit, quod æſtimationem tutor vel curator ſolverit, ex æquitate tamen prædium ſi vindicet per doli mali exceptionem ſubmovetur *leg.* 10. *hoc tit.* quod tamen accipiendum ita eſt ſi tutor curatorvè evictionis nomine principaliter fuerit obligatus veluti ſi minoris prædium non tanquam minoris ſed tanquam proprium diſtraxerit juxta ea quæ dixi *num.* 12. vel ſi cum prædium tanquam minoris diſtraheret ſpecialiter emptori, ſed de evictione obligavit, tunc enim poſt æſtimationem juſſu judicis minoris ſolutam ideo emptori contra minorem pretium vindicantem ex æquitate doli mali exceptio accommodatur, quia ſi doli exceptione ceſſante emptor prædium reſtituere cogeretur evictionis nomine contra tutorem vel curatorem regreſſum habere, & ſic bis tutor vel curator æſtimationem præſtaret, & minor bis ab eodem tutore vel curatore in ipſa æſtimatione non conſequeretur, quod æquitatis ratio non admittit *l. ſi quis* 31. §. 1. *de rei vend. l.* 3. *verſ. plane ſi fam. fort. ſoc. dicat.* quæ imo exceptionem inducit poſtquam in effectu alienatio convaleſcit, & tanquam neceſſaria ſine decreto ſubſiſtit *argum. l.* 3. §. *item* 2. *hoc tit.* junctis quæ dixi 2. *cap. num.* 18. ſin autem tutor curatorvè non ſit evictionis nomine obligatus, veluti ſi minoris prædium ſcienti emptori ſine decreto vendiderit, nec ſpecialiter evictionem promiſerit, regreſſus timore ceſſante, æſtimatio prædii in fraudulentæ diſtractionis pœnam à tutore vel curatore minori ſoluta emptori prodeſſe non debet, qui ideo doli exceptione non gaudet, ſed pretium cogitur reſtituere ut probant ab *argumento l.* 13. §. *pen. de petit. hæred. & l. ſtichum* 95. §. *dolo* 9. *de ſolutionib.* quos ſic *cum dict. l.* 10. *hoc tit.* Accurſ. Bartol. & aliorum interpretum rejectis deliriis in concordiam mirifice redegit Faber. *in rationali ad textum in dict. l.* 13. §. *pen. de petit. hæred. circa fin. & in Papinian. tit.* 13. *prin.* 8. *illat.* 65.

16 Rurſus ſi prædium ſine decreto diſtractum minor vindicat niſi acceptum pretium emptori reddere paratus ſit, per doli exceptionem ſubmovetur *l.* 15. *verſ. quanquam hoc tit. l.* 14. 16. *C. de præd. & al. reb.* quæ locum etiam obtinet, niſi minor ex alia qualiber cauſa inutiliter alienatum ſine decreto prædium vindicans, id omne poſſeſſori reſtituat, quod conſecutus eo nomine fuerit *l.* 4. *in fine eod. tit.* ne alias contra naturalem æquitatem minor cum alieno detrimento lucrum captet, quæ res etiam contra res minorem doli exceptionem inducit *l. pupillo* 15. *de ſolut. junct. l.* 1. §. 1. *de dol. mal. & met. except. cauſ.* Eatenus autem doli exceptio minori nocebit, quatenus accepta pecunia in rem ejus verſa eſt, ſive in ejus utilitatem ceſſit *l.* 10. *C. de præd. & al. reb. min. arg. l. conſilio* 7. §. 12. juncto ibi Cujacio 21. *Digeſt. Juliani de curat. furioſ.* ut ecce, ſi prædium ſine decreto pignori datum ſit, & ſub eo pignore accepta pecunia mutua ſoluta ſit, qui ſub pignore minoris creditor erat, niſi minor dum prædium vindicat, quam accepit mutuam pecuniam offerat, doli exceptione repellitur *l.* 7. §. 5 *hoc tit.* quod idem dicendum putavi etſi chyrographariis minoris creditori mutua pecunia ſoluta fuiſſet, quæ in minoris rem & utilitatem negari verſa nequit *ex leg.* 6. *in fin. de ſolution.* quod Faber non advertit *in Papinianea tit.* 13. *prin.* 8. *illat.* 62. ſimiliter ſi pretium ex inutili prædii diſtractione redactum minoris creditoribus ſolutum fuerit, minor prædium vindicans niſi preter prætium medii etiam temporis uſuras, quas creditori non facta ſolutione ſolviſſet, emptori reſtituat, doli exceptione ſubmovetur. Quod non ſolum tunc procedit cum inutilis diſtractionis tempore ex cæteris minoris facultatibus æs alienum ſolvi nequit ut *in dict. l.* 13. Papinianus aiebat cujus ſententiam *in dict. l.* 14. & 16. *C. de præd. & al. reb. min.* Imperatores ſequuntur, ſed etiamſi ex aliis minorum bonis ſolvi æs alienum potuiſſet ut *in dict. l.* 13. apud Papinianum Paulus notat, cum indiſtinctè iniquum ſit minorem lucrum cum emptoris detrimento captare, dum tamen ſalvæ adhuc ſint res ex quibus æs alienum potuit ſolvi, alias ſi jam perierit, minor pretium earum rerum æſtimationi reſpondens reſtituere cogendus non eſt, nec enim certat de lucro captando, ſed de damno vitando, quod revera propter prædium ſine decreto diſtractum, nec res alias alienari non prohibitas diſtractus paſſus eſt, & ceſſat omnino deciſiva Pauli ratio quod nec Cujac. 5. *reſponſ. Papin. in dict. l.* 13. ſervavit, nec autem minor probare tenetur prædium in rem ſuam verſum non eſſe, ſed imo emptor probare cogitur pretium in minoris utilitatem ceſſiſſe eum præcipuum hoc ſit ſuæ intentionis ſeu exceptionis fundamentum *l.* 10. *l.* 16. *verſ. emptor. C. de præd. & al. reb. min. junct. l.* 19. *de probat. arg. l.* 32. §. *interpoſito* 4. *de adminiſt. tut.* videndi Pinellus *in dict. l.* 2. *C. de reſcind. vend.* 3. *part. cap.* 1. *ex num.* 24. Faber *in Papinianea tit.* 13. *prin.* 8. *illat.* 2. *in ration. ad textum in dict. l.* 24. §. 1. *de minor.* Oſſuald. 11. *comment. cap.* 10. *litt. C. C.* & cum pluribus Hermoſilla *dict. l.* 4. *tit.* 5. *princip. gloſſ.* 12. *num.* 77. Denique niſi minor inutiliter diſtractum prædium vindicans expenſarum pretium offerat, dolique exceptione removetur *dict. l.* 16. *C. de præd. & al. reb. dict. l.* 32. §. *item* 5. *de adminiſt. tutor.* Juncto Fabro *dict. princip.* 8. *illat.* 3. inter neceſſarias tamen utiles & voluntarias impenſas & inter bonæ & malæ fidei poſſeſſores differentiis ſervatis quas propriis locis interpretes excutiunt, & tanquam aliis tractatibus communes committimus. Cedant utinam hi litterarii labores in laudem Dei & ſanctiſſimæ Deiparæ Virginis honorem.

Digitized by Google

INDEX RERUM

ET VERBORUM QUÆ IN HIS TRACTATIBUS EXPENDUNTUR.

A.

ABſtinendi beneficium ad quoſcumque hæredes tranſmittit ſuus hæres ante immixtionem decedens. tract. 20. act c. 2. n. 6

Actio arbitraria de eo quod certo loco, ejus inducendæ ratio, & cauſæ ex quibus illa naſcitur tr. 15. c. 1. An, & quo ſenſu utilis dicatur? quibus in locis poſſit exerceri? & in quibus differat à triticaria conditione. tr. 15. c. 2. quodnam in ea ſit judicis officium? tr. 15. c. 3. An, & quatenus adverſus, fidejuſſorem competat? tr. 15. c. 4

Actiones contradictoriæ exerceri nequeunt. tr. 4. c. 1. n. 20.

Actio utilis quæ dicatur. tr. 15. c. 2. n. 5.

Addictiu in diem. tr. 3. per totum. Quomodo concipitur? tr. 3. c. 5. Utrum faciat puram, an conditionalem emptionem, venditionem, cui ineſt? tr. 3. c. 1. Reſolutionem inducit ipſo jure, exiſtente conditione, & de hujus reſolutionis effectibus. tr. 3. c. 3.

Aditionis effectus. tr. 20. c. 1. n. 1. Adjudicatiò ſpecies alienationis, tr. 22. c. 1. n. 35.

Alienationis nomine quinam actus veniant? tr. 22. c. 1. n. 28. 32. & ſeqq. Alienationis prohibitio juberi poteſt in teſtamento. tr. 22. c. 2. n. 1. & ſeqq.

Alienationis prohibitæ effectus. tr. 22. c. 4. n. 1. & ſeqq. Alienatio initio inutilis quomodò poſſit convaleſcere? tr. 22. c. 4. n. 13.

Alienæ rei vinditio, in dotem datio, donatio, locatio, valida eſt. tr. 5. c. 1. n. 23. Alienæ rei pignus inutile eſt. tr. 5. per totum. Utile ſit, ſi debitor ejus dominium acquirat.? tr. 5. c. 2.

Alimentorum legatum ab adita cedit hæreditate. tr. 18. c. 2. n. 9.

B.

BIduum quando habeatur prò uno die. tr. 4. c. 1 n. 3.

Bona fides requiritur ad uſucapionem. tr. 14. c. 2

Bonorum poſſeſſionem agnoſcendi jus neque in bonis eſt, neque tranſmittitur. tr. 20. c. 1. n. 6. & 28.

C.

CApio. ultra id quod capere quis poteſt, accipere poteſt, ut alteri reſtituat. tr. 8. per totum.

Catoniana Regula. tr. 18. c. 2. n. 11. 14. 22. 24. & ult. Antiquitus etiam pertinebat ad legata ab apertis tabulis cedentia. tr. 18. c. 1. n. 18. c. 3. n. 12. Ad fideicommiſſa pertinet tr. 6. c. 3 n. 6. & 7.

Cancellatio inſtrumenti tacitum liberatorium pactum ſupponit. tr. 16. c. 1. n. 13.

Cauſa cadebat ante diem petens. tr. 12. c. 1. n. 28.

Cauſæ falſæ ultimis diſpoſitionibus adjectæ. tr. 2. c. 3.

Cauſæ lucrativæ prohibentur concurrere in eandem rem & perſonam tr. 11. per totum.

Cedere legatum quid ſit. tr. 18. c. 1. n. 3. Ceſſiò legatorum, vel fideicommiſſorum, tr. 18 per totum.

Ceſſio legatorum ab adita hæreditate. tr. 18. c. 2. Ab apertis tabulis. tr. 18. c. 1. n. 9. Ab exiſtentia conditionis. tr. 18. c. 3.

Chirographi redditio liberat debitorem. tr. 16 c. 1. n. 10.

Collatio eorum quæ facto teſtamento in legitimam imputantur. tr. 13. c. 5. Collatio dotis tam ex novo, quam ex veteri jure? tr. 13. c. 4. conferendi tempus, & modus, & non conferentis pœna. tr. 13. c. 3.

Collationis edictum, ejus ratio, quando, & inter quos ex edicto prætoris collationi ſit locus, tr. 13. càp. 1. Hoc edictum adhuc noviſſimò jure permanet. tr. 13. c. 1. n. ult. Collatio quorum bonorum fiat? & quam eorum partem emancipatus ex edicto prætoris ſuis hæredibus conferat? tr. 13. c. 2.

Commiſſoria lex. tr. 4. Quæ requirantur ut vires exerceat. tr. 4. c. 1. Hujus pacti vi emptionis, venditionis reſolutio contingit. tr. 4. c. 2. Commiſſoria lex in pignoribus. tr. 4. c. 3.

Compenſationis legatum. tr. 1. c. 3.

Conditio quid & quotuplex. tr. 21. c. 1. n. 1.

Conditio impoſſibilis contractum vitiat, non vero ultimas voluntates. tr. 15. c. 1. n. 9. Conditio ſuſpendit legatorum ceſſionem uſque ad ſuam exiſtentiam. tr. 18. c. 3. Conditio neceſſaria quando faciat ut legata cedant. tr. 18. c. 4. Conditio tacita quid, & quando faciat ut legatum cedat. tr. 18. c. 5. Conditio extrinſeca quando faciat ut legatum cedat tr. 18. c. 5. Conditiones inſtitutionum. tr. 21. per totum. Utrum ſub conditione, & ſub quibus poſſibilibus conditionibus, extranei, aut neceſſarii, aut ſui & neceſſarii hæredes utiliter inſtituantur. tr. 21. c. 1. Conditio adjecta inſtitutioni quo tempore debeat exiſtere, vel impleri? & quandò extitiſſe, vel defeciſſe caſualis conditio intelligatur? tr. 21. c. 2. Conditio adſcripta inſtitutioni, ſive poteſtativa, ſive mixta, quando impleta fuiſſe, vel defeciſſe credatur. tr. 21. c. 3. conditionis implendæ cauſa relictum adquiri poteſt incertæ perſonæ. tr. 6. c. 2. n. 1. Quando in Falcidiam imputatur tr. 6. c. 2. n. 3. Conditio melior allata utrum faciat ut reſolvatur prior emptio. tr. 3. c. 2.

Conjunctio pro disjunctione. tr. 6. c. 6. n. 2.

Conſtantini conſtitutio de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt. tr. 12. cap. 4.

Creditor in diem aliquando petit ut ſibi caveatur

veatur

Digitized by Google

veatur de ſolvendo. tr. 12. c. 1. n. 25.
Curatores poſſunt aliquando obligare res quas adminiſtrant. tr. 5. c. 3. n. 5. Paciſci poſſunt de non petendo. tr. 16. c. 2. n. 6.

D.

Damnationis legatum & vindicationis in quo differebant antiquitus? tr. 5. c. 1. n. 54.
Debiti legatum creditori à debitore relictum. tr. 1. c 1. Ejus repræſentatio validum efficit legatum. tr. 1. c. 1. n. 21. Ab extraneo creditori relictum. tr. 1. c. 2. A debitore creditori relictum animo compenſandi. tr. 1. c. 3. Debitum in diem per errorem ſolutum non repetitur. tr. 12. c. 1. n. 4. conſtitui poteſt. n. 10. novari, n. 12. invito creditori ante diem ſolvi. n. 14. ante diem accepto ferri. n. 17. ante diem peti non poteſt. n. 19.
Decretum de alienandis rebus eorum qoi ſub tutela; aut cura ſunt, ejuſque poteſtas. tr. 22. c. 2. & 3.
Deliberandi jus quanto tempore duret. tr. 20. c. 3. n. 17.
Demonſtrationis ſpecies. tr. 2. c. 1. n. 3. Demonſtratio quid. tr. 2. e. 1. n. 1. A præteritis aliquando ſumitur. tr. 20. c. 2. n. 5. Demonſtratio falſa adjecta legatis, vel fideicommiſſis, illa non vitiat. tr. 2. c. 1. Demonſtratio turpis legatum vitiat tr. 2. c. 2 n. 8. Demonſtrationes ſupervacuæ adjectæ inſtitutionibus legatis & fideicommiſſis. tr. 2. e. 2.
Dies certus contractibus adjectus. obligationem non differt. tr. 12. c. 1. n. 2. Dies certus ultimis voluntatibus adſcriptus. tr. 12. c. 2. legatorum, vel fideicommiſſorum ceſſionem non moratur. tr. 18. c. 1. Adjectus libertati ut conditio, eam ſuſpendit tr. 12. e. 2. n. ult. Dies incertus quando faciat, ut legata cedant. tr. 18. cap. 4. Pro conditione habetur. tr. 21. c. 1. n. 14. Dies incertus pro certo habitus, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus. tr. 12. cap. 3.
Diſpoſitio in certam perſonam collata. tr. 6. veluti legatum. tr. 6. c. 2. fideicommiſſum. c. 3. inſtitutio. cap. 4.
Diſtractionis ſolemnitas in rebus pupillorum, aut minorum alienari prohibitis. tr. 22. c. 3.
Dolus commiſſus præteritus poteſt remitti per pactum, futurus non item. tr. 16. cap. 2. n. 16.
Dominium rei legatæ quando acquiratur. tr. 1. cap. 1. n. 6.
Donatio alienationis genus. tr. 22. c. 1. n. 36 Donatio filiofamilias à patre facta eſt inutilis. tr. 12. c. 2. n. 17. Donatio interdicta pupillis, & minoribus. tr. 22. c. 1. n. 37. & 42. Donationes remuneratoriæ. tr. 22. c. 1. n. 31. & 42. Donationes renumeratoriæ. tr. 22. e. 1. n. 32.
Dotis collatio, tam ex novo, quam ex veteri jure. tr. 13. c. 4. Dotis legatum an admittat Falcidiam, tr. 1. c. 3. n. 8.

E.

Edictum de Alterutro. tr. 1. c. 3. n. 5. & 6. Edictum de collationibus. t. 13 per totum. Vide collatio.
Edicti quod cum eo conſtitutio, & ratio, quibuſque ex eo deſcendens competat exceptio tr. 9. e. 1. Edictum quod cum eo exigit cauſæ cognitionem tr. 9. c. 3.
Electio cujus ſit in alternativa obligatione tr. 15. c. 2. n. 9.
Emancipatus quid conferat ſuis heredibus tr. 13. c. 2.
Emphyteuſis alienationis ſpecies. tr. 22. c. 1. n. 38.
Emptio, venditio cui ineſt pactum addictionis in diem, utrum ſit pura, an conditionalis? tr. 3. e. 1. an meliore allata conditione reſolvatur? tr. 3. c. 2. De hujus reſolotionis effectibus tr. 7. c. 3. reſolvitur per legem commiſſoriam tr. 4. c. 2.
Exhæredatio fieri debet nominatim. tr. 6. c. 4. n. ult.
Exceptio edicti quod cum eo quibus competat, quaſque habeat vires tr. 9. c. 1. & 2. quando denegatur novo patrifamilias tr. 9. c. 3.
Extranei adeunt, aut pro hærede gerunt. tr. 20. c. 1. n. 1. Extraneus non adiens, neque pro hærede gerens nihil tranſmittit. tr. 20. c. 1. n. 2. & ſeqq.

F.

Falcidia an habeat locum in legato dotis. tr. 1. c. 3. n. 8.
Falſæ demonſtrationes, & falſæ cauſæ adjectæ legatis, vel fideicommiſſis tr. 2. per totum.
Feminæ majores viginti quinque annis quæ ſub perpetua erant tutela alienare poterant. tr. 22. e. 1. n. 2.
Fideicommiſſorum ceſſio. tr. 18. per totum. Fideicommiſſa pure vel ex die certo relicta cedunt à morte teſtatoris. tr. 18. c. 1. fideicommiſſum univerſale, ubi ceſſit tranſmitti poteſt. tr. 18. e. 1. n. 24.
Fidejuſſor in duriorem cauſam accipi nequit, tr. 15. c. 4. n. 2. & ſeq. An & quatenus adverſus fidejuſſorem competat arbitraria actio tr. 15. c. 4.
Filiusfamilias de eo quod patrifamilias debetur non petendo paciſci nequit. tr. 16. c 2. n. 2. ex cauſa peculiari poteſt obligare patrem tr. 5. c. 3. n. 4.
Fiſcus quando non vindicabat legata, aut fideicommiſſa ex lege Papia tr. 18. c. 1. n. 20.
Fugitivi ſervi poſſeſſio quomodò retineatur. tr. 17. c. 3. n. 7.
Furioſus de non petendo paciſci nequit. tr. 16. c. 2. n. 1.
Fuſia caninia lex tr. 6. c. 5. n. 1. & ſeqq. cap. 7. n. 4.
Futuræ res pignori dari poſſunt. tr. 5. c. 3. n. 6.

G.

Generis legatum tr. 2. e. 1. n. 91. & ſeqq.
Geſtionis effectus tr. 20. c. 1. n. 1.

H.

Hæreditas viventis non eſt. tr. 20. c. 1. n. 15. Hæreditas jacens poſſidere nequit. tr. 17. c. 2. n. 3. & ſeqq. Hæreditatis acquirendæ jus in bonis non eſt tr. 20. c. 1. n. 6. Hæreditatis tranſmiſſio tr. 20. per totum. Hæreditas non

non adita an tranſmitti poſſit. tr. 20. c. 1. n. 29. Hæreditatis tranſmiſſio ſuis hæredibus delatæ, juris accreſcendi, & cum eo conjunctæ ſubſtitutionis. tr. 20. c. 2. Hereditatis tranſmiſſio utrum excludatur per vulgarem ſubſtitutionem. tr. 20. c. 4.
Hæreditatum tranſmiſſiones ex novis juribus. tr. 20. c. 3.
Hæredes extranei, aut neceſſarii, aut ſui, & neceſſarii utrum ſub conditione, & ſub quibus poſſibilibus conditionibus utiliter inſtituantur tr. 21. c. 1.

I.

INcerta perſona. in eam collata diſpoſitio. tr. 6. veluti legatum tract. 6. c. 2. fideicommiſſum c. 3. inſtitutio c. 4. ſi incertæ perſonæ legata aut fideicommiſſa relicta ſoluta fuerint per errorem, an repeti poſſint, tr. 6. c. 8. incerta perſona poteſt acquirere quod conditionis implendæ cauſa ei relictum eſt. tr. 6. c. 2. n. 5. & ſeqq. incertæ perſonæ ex numero certarum legata, aut fideicommiſſa relinqui poſſunt. tr. 6. c. 7.
Incertæ partis portio acquiri nequit. tr. 17. c. 2. n. 2.
Incerta res ſi legetur legatum vitiat. tr. 6. c. 2. n. 9.
Incertus tutor. tr. 6. c. 6.
Infantes de non petendo paciſci nequeunt. tr. 16. c. 2. n. 1.
Inficiatione aliquando lis duplicatur tr. 16. c. 2. n. 17.
Inſtituendi modi. tr. 10. per totum.
Inſtitutionum conditiones. tr. 21. per totum.
Inſtrumenti reſtitutio tacitum liberatorium pactum ſupponit. tr. 16. c. 1. n. 10. inſtrumenti cancellatio tacitum liberatorium pactum ſupponit. tr. 16. c. 1. n. 13. Inſtrumento renuncians creditor tacite liberat debitorem. tr. 16. c. 1. n. 10.
Interdicta unde vi duo ſunt. tr. 11. c. 1. n. 10.
Intereſſe quid & quotuplex ſit. tr. 15. c. 3. n. 6.

J.

JUdicis officium in arbitraria actione de eo quod certo loco tr. 15. c. 3.
Julia & Papia lex ceſſionem legatorum introduxit ab apertis tabulis. tr. 18. c. 1. n. 9.

L.

LEgatorum ceſſio tr. 18. per totum.
Legata pure, vel ex die certa relicta cedunt à morte teſtatoris. tr. 18. c. 1.
Legata aliqua cedunt ab adita hæreditate. tr. 18. c. 2. conditionalia ab exiſtentia conditionis. tr. 18. c. 3. & exiſtente conditione pro puris habentur. tr. 16. c. 1. n. 4. Legata ex incerto die, aut ſub neceſſaria conditione relicta quando cedant. tr. 18. c. 4. Si tacitam, ſeu extrinſecam conditionem habeant quando cedant? tr. 18. c. 5. Legatum non acquiſitum cui non tranſmittitur. tr. 20. c. 1. n. 7. ſervo cum libertate relictum quando cedat. tr. 18. c. 2. n. 16. Legati per vindicationem & damnationem antiqua differentia. tr. 5. c. 1. n. 54.
Lex commiſſaria. tr. 4. per totum.
Libertas incertæ perſonæ relicta. tr. 6. c. 5. Libertas teſtamento relicta ab adita hæreditate, cedit. tr. 18. c. 2. n. 9. Ex die certa relicta ante diem non cedit.
Loci certi diſpoſitionibus adjecti poteſtas. tr. 15. c. 1. n. 1. Loci certi deſignatio in promiſſione tr. 15. per totum.
Locus certus exactionem differt. tr. 15. c. 1. n. 3. Locorum plurium adjectio quid efficiat. tr. 15. c. 2. n. 14. Locus certus quibuſlibet diſpoſitionibus inſertus quid operetur. tr. 15. c. 1.
Lucrativæ cauſæ prohibentur concurrere in eamdem rem & perſonam. tr. 11.

M

MAgiſtratus quinam quomodo, & qua cauſæ cognitione præhabita poſſint eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, rerum alienationem, aut obligationem decernere? Quæ diſtractionis ſit ſolemnitas, & quæ decreti poteſtas? tr. 22. cap. 3.
Manumiſſio ſervi pignori dati, tr. 7. per totum.
Mente captus de non petendo paciſci nequit. tr. 16. cap. 2. n. 1.
Militia quid, & an ſit perſonalis? tr. 13. c. 5. n. 4. & 5.
Minor viginti annis manumittere volens cauſam debet probare apud conſilium. tr. 22. c. 2. n. 11. & 12.
Minores viginti quinque annis qui ætatis veniam impetrarunt, res immobiles ſine decreto alienare nequeunt. tr. 22. cap. 1. n 27. minorum qui ſub cura ſunt ſine decreto non alienantur, vel ſupponuntur res. tr. 22. per totum quænam res eorum alienari prohibitæ, quæ prohibitionis ratio, quid alienatio comprehendat. tr. 21. cap. 1. minorum res alienari prohibitæ quando, vel inconſulto Prætore, vel ejus intercedente decreto poſſint utiliter alienari? tr. 22. cap. 2.
Miſſilium ſparſio. tr. 6. cap 1. n. 3.
Modus pro conditione obſervatur. tr. 18. cap. 3. n. 7.
Muciana cautio ubi locum habeat tr. 21. c. 1. n. 6.

N.

NIſi idem ac ſi non. tr. 3. c. 1. n. 2. & ſeqq.

O

OBſignationis ſolemnia. tr. 4. c. 1. n. 7.
Optionis legatum quando cederet tr. 18. c. 5. n. 12.
Oratio Severi de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt. tr. 22. c. 4.
Orationes principis ante cedebant Senatus conſulta tr. 22. cap. 1. n. 5.

P.

PActum liberatorium quid, & quotuplex ſit? tr. 16. c. 1. Pacti liberatorii poteſtas, & effectus tr. 16. c. 3. Pactum liberatorium ad quæ extendatur, quibus proſit aut noceat. tr. 16. c. 4. Pactum perpetuum liberatorium naturalem

naturalem obligationem ipſo jure tollit. tr. 16. c. 3. n. 1. Pactum temporale de non petendo temporalem exceptionem producit. tr. 16. c. 3. n. 8. Pactum liberatorium ipſo jure tollit contractum ſolo conſenſu perfectum tr. 16. c. 3. Pacta civilia tr. 16. c. 3. n. 10. & ſeqq. Pactum ne furti, aut injuriarum agatur furti, aut injuriarum actionem extinguit. tr. 16. c. 3. n. 10. Pactum liberatorium in rem hæredi prodeſt. tr. 16. c. 4. n. 16. Pactum, aut obligans, aut liberans. tr. 16. c. 1. n. 1. Pactum liberans, aut expreſſum, aut tacitum. tr. 16. c. 1. n 2. Pacta aut in rem, aut in perſonam. tr. 16. c 1. n. 18. Pacta quædam perpetua, quædam temporalia. tr. 16. c. 1. n. 20. Pactum de non agendo ex furto, aut injuria jam admiſſa, utile eſt. tr. 16. c. 2. n. 16. Pactum quo renunciatur præſcriptioni fori validum eſt. tr. 16. c. 2. n. ult Pactum remittens appellandi facultatem tr. 16. c. 2. n ult.
Pacti exceptio per quos acquiri nobis poſſit. tr. 16. c. 4. n. 13. Pactum intra certum diem, intra illum moram non facit. tr. 16. c. 9. n. 8.
Peculium adventitium filii familias quando poſſit à patre alienari. tr. 22. c. 1. n. 29.
Perſona incerta. in eam collata diſpoſitio ultima. tr. 6. per totum. Veluti legatum tr. 6. c. 2. fideicommiſſum c. 3. inſtitutio c. 4. libertatis datio c. 5.
Perſonalia jura quando cedant. tr. 18. c. 2.
Perſonalis actio Severi oratione comprehenditur. tr. 22. c. 1. n. 45.
Pignoris contractus re perficitur, ejuſque actiones. tr. 5. c. 1. n. 1. Pignus ſine traditione etiam celebratur. tr. 5. c. 1. n. 1. Pignus alienæ rei non conſiſtit. tr. 3. c. 3. n. 20. & ſeq. Pignus quid tribuat creditori tr. 22. c. 1. n. 39 Pignoris remiſſio alienationis ſpecies. tr. 22 c. 1. n. 41. Pignoris redditio quem effectum producat. tr. 16. c. 7. n. 14. & 15. Pignoris obligatio per pactum liberatorium tollitur ope exceptionis tr. 16. c. 3. n. 19. Pignori datus ſervus manumiſſus. tr. 7. per totum. Pignus generale manumiſſionem non impedit. tr 7. c. 1. n 14. c. 2. Pignus ſpeciale ſive expreſſum, ſive tacitum manumiſſionem impedit. tr 7. c. 1. Pignus rei alienæ tr. 5. per totum inutile eſt. tr. 5. c. 1. ntile tamen fit, ſi ejus dominium acquirat debitor c. 2. quibus caſibus ſubſiſtat rei alienæ pignus. tr. 5. c. 3.
Poſſeſſio acquirenda vel amittenda tr. 17. per totum. Poſſeſſionis definitio. & diviſio tr. 17. c. 1. Poſſeſſionis acquirendæ modi tr. 17. c. 2. Poſſeſſio incertæ partis acquiri nequit. tr. 17. c. 2. n. 3. Poſſeſſio retinenda tr. 17. c. 3. Poſſeſſio amittenda. tr. 17. c. 4. Poſſeſſio per quas perſonas acquiritur, retinetur, aut amittitur. tr. 17. c. 5. Poſſeſſio ſub conditione fieri nequit. tr. 17. c. 4. n. 11. & 12. Poſſeſſio continua ad uſucapionem requiritur. tr. 14. c. 4. Poſſidentes perſonæ tr. 17. c. 1. Poſſidere plures eamdem rem in ſolidum an poſſint. tr. 17. c. 1. n. 23. Poſthumus incerta perſona. tr. 6. c 4. n. 2.
Præceptum nudum nullius eſt momenti. tr. 6. c. 3. n. 5.
Prædia urbana & ruſtica quæ. tr. 22. c. 1. n. 6. Ruſticorum alienatiu cur prohibita tr. 22. c. 1. n. 13. & 18.
Principes legibus ſoluti ſunt. tr. 22. c. 3. n. 1.
Prodigi alienare nequeunt. tr. 22. c. 1. n. 4.
Procurator poteſt aliquando domini res obligare tr. 5. c 3. n 3. quid facere debeat generali mandato non contentum. tr. 5. c. 3. n. 3.
Pupillaris ſubſtitutio tr. 19. per totum. Ejus formulæ. tr. 19. c. 1. quænam requirantur ad eam conficiendam tr. 19. c. 2 Pupillaris ſubſtitutionis effectus. tr. 19. c. 4. Quibus modis extinguitur. tr. 19. c. 3.
Pupillæ & tutoris quando nuptiæ licitæ. tr. 22. c 2. n. 1.
Pupillus de non petendo paciſci nequit. tr. 16. c. 2. n. 1. Pupilli nihil poſſunt donare etiam auctoritate tutorum tr. 22. c. 1. n. 37. Pupillorum res ſine decreto non alienantur, vel ſupponuntur tr. 22. Quænam res pupillorum alienari prohibitæ, quæ prohibitionis ratio, quid alienatio comprehendat? tr. 22. c. 1. Pupillorum res alienari prohibitæ, quando inconſulto Prætore, vel ejus intercedente decreto poſſint utiliter alienari. tr. 22. c. 2. qui Magiſtratus, quomodo & qua cauſæ cognitione præhabita poſſint eorum qui ſub tutela ſunt rerum alienationem, aut obligationem decernere? Quæ diſtractionis ſit ſolemnitas? Et quæ decreti poteſtas? tr. 22. c. 3.

Q.

QUerela inofficioſi teſtamenti non præparata non tranſmittitur. tr. 20. c. 1. n. 25. Quod cum eo edictum. tr. 9. per totum.

R.

REpræſentatio debiti validum efficit legatum. tr. 1. c. 1. n. 21.
Repræſentatio legati eſt ſpecies impropriæ alienationis. tr. 22. c. 1. n. 45.
Roma commune domicilium. tr. 15. c. 2. n. 32.

S.

SEparationis bonorum beneficium. tr. 1. c. 2. n. 12.
Servitutis conſtitutio alienationis ſpecies. tr. 22. c. 1. n. 40. & ſeqq.
Servi glebæ adſcripti. tr. 22. c. 1. n. 14.
Servus pignori datus manumiſſus. tr. 7. per totum. Servus ſpecialiter, ſive expreſſe, ſive tacite oppignoratus, manumitti nequit. tr. 7. c. 1. generaliter autem oppignoratus manumitti poteſt. tr. 7. c. 2. Specialiter obligatus manumitti poteſt à debitore, permittente creditore. tr. 7. c. 1. n. 18. Servus de eo quod domino debetur non petendo paciſci nequit. tr. 16. c. 2. n. 2. Ne à domino petatur recte paciſcitur. tr. 16. c. 2. n. 3. Servi minorum, ſive ruſtici, ſive urbani, ſine decreto diſtrahi nequeunt tr. 22. c. 1. n. 14.
Severi oratio de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt. tr. 22. c. 4.
Societatis magiſter paciſci poteſt, ne petatur à ſociis. tr. 16. c. 2. n. 6.
Solutum per errorem, ſi debeatur in diem, non repetitur. tr. 22. c. 1. n. 4.
Subſtitutionis origo, natura, ſpecies & formulæ tr. 19. c. 1. Subſtitutio vulgaris & pupillaris, tr. 19. per totum. Subſtitutio vulgaris utrum hæreditatis

hereditatis tranſmiſſionem excludat. tr. 20. c. 4. Subſtitutionis pupillaris effectus. tr. 19. c. 4. Subſtitutio pupillaris quibus modis extinguitur. tr. 19. c. 3.
Sui hæredes qui ſint. tr. 20. c. 5 n. 1. ſui hæredes ſub quibus conditionibus inſtitui poſſint. tr. 21. c. 1. n. 31. etiam ignorantes ad quoſcumque extraneos paternam hæreditatem tranſmittunt. tr. 20. c. 2. n. 1. Bonorum poſſeſſionem non agnitam non tranſmittunt. tr. 20. c. 2. n. 10.
Surdus paciſci poteſt de non petendo. tr. 16. c. 2. n. 1.

T.

Temporis utilitas in legando tr. 1. c. 1. n. 26.
Tituli juſti ex quibus procedit uſucapio tr. 14. c. 3. tituli lucrativi prohibentur concurrere in eamdem rem, & perſonam. tr. 11.
Tranſactio eſt alienationis ſpecies. tr. 22. c. 1. n. 34.
Tranſmiſſio hæreditatis. tr. 20. per totum. Tranſmiſſio hæreditatis ſuis hæredibus delatæ, juris accreſcendi, & cum eo conjunctæ ſubſtitutionis. tr. 20. c. 2. Tranſmiſſiones hæreditatum ex novis juribus. tr. 20. c. 3. tranſmiſſio hæreditatis utrum excludatur per vulgarem ſubſtitutionem. tr. 20. c. 4. tranſmiſſio fideicommiſſi univerſalis cedentis. tr. 18. c. 1. n. 24. Tranſmittitur legatum, non ut agnitum, ſed ut agnoſcendum ab hærede ſi voluerit. tr. 18. c. 1. n. 30.
Triticaria condictio in quibus differat ab actione de eo quod certo loco. tr. 15. c. 2.
Tutela teſtamentaria cedit ab adita hæreditate tr. 18. c. 2. n. 10.
Tutor teſtamentarius à Magiſtratu ad tempus dari nequit. tr. 18. c. 2. n. 11. & 12.
Tutores obligare poſſunt aliquando res pupilli tr. 5. c. 3. n. 5. Tutores paciſci poſſunt, de non petendo. tr. 16. c. 2. n. 6.
Tutoris & pupillæ quando ſint licitæ nuptiæ. tr. 22. c. 1. n. 1.
Tutor incertus tr. 6. c. 6.

U.

Uſufructuarius quomodo poſſideat? tr. 17. c. 1. n. 12. & ſeqq.
Uſucapio. tr. 14. per totum. Uſucapionis origo, & definitio. tr. 14. c. 1. Bonam fidem requirit uſucapio tr. 14. c. 2. Requirit etiam titulum juſtum, & quinam juſti ſint. tr. 14. c 3. continuam poſſeſſionem exigit. tr. 14. c. 4. Uſucapionis impletæ effectus. tr 14. c. 5. Uſucapio rerum quæ ſine decreto alienari nequeunt; non procedit. tr. 22. c. 2. n. 21.
Uſuras accipiens in futurum de ſorte circa illud tempus non petenda tacite paciſcitur. tr. 16. c. 1. n. 16.
Uſusfructus legatus cedit ab adita hæreditate tr. 18. c. 2. n. 1.

V.

Viatori plena fides adhibetur. tr. 25. c. 3. n. 13.
Viceſima lex hæreditatum, tr 18 c. 1. n. 19.
Vindicationis legatum & damnationis in quo differebant antiquitus. tr. 5. c. 1. n. 54.
Vulgaris ſubſtitutio tr. 19. c 1.

FINIS.

INDEX LEGUM

ALIORUMQUE EX ANTIQUITATE FRAGMENTORUM QUÆ IN HIS TRACTATIBUS ILLUSTRANTVR.

EX INSTITUTIONIBUS.

§. 26. de rer. div. tract. 22. c 4.n.7.
§. Item 44. tr. 27. c. 2. n. 7.
§ Hoc amplius 45. tr. 6. c. 1. n. 3.
§. Heres 9 de her. inſt. tr. 10. per totum, & tr. 21. c. 1. n. 9.
§. Fin. eod. tr. 6. c. 4. n. 1.
§. 8. de pupill. ſubit. tr. 19. c. 3. n. 1.
§. 6. de legatis. tr. 11.
§ 9. eod. tr. 11.
§. 14. eod. tr. 1. c. 1. n. 26. & 30.
§ Sed ſi 15. eod. tr. 1. c. 1. n. 1.
§. 16. eod. tr. 7. c. 1. n 5.
§. Si peculium 20. tr. 22. c. 1. n. 37.
§. 22. eod. tr. 6. c. 7. n. 7.
§ 23. eod. tr. 18. c. 5. n. 13.
§. 31. eod. tr 2. c 3 n. 1.
§ Si ita 3. de verb. oblig. tr. 16. c. 1. n. 20.
§. ult. de inutil. ſtipul. tr. 11. c. 1. n. 37. tr 15. c. 1. n. 3.
§ Illud 10. de lege Aquilia. tr. 20. c. 1 n. 8.
§. Præterea 31. de actionibus. tract. 15. c. 2. n. 4.
§. Si quis 33. tr. 15. c. 2. n. 4.
§. 3. de excepi. tr. 16. c. 3. n. 2.
§. Temporales 10. eod. tr. 12. c. 1. n. 31. tr. 16. c. 3. n. 8.

E DIGESTIS.

De Adoptionibus.

l. 17. §. 1. tr. 19. c. 3. n. 7.
l. his verbis 19. tr. 19. c. 3. n. 7.
l. 22. §. 1. tr. 19. c. 4. n. 10.

De Juriſdictione.

l. Si convenerit. 18. tr. 16. c. 3. n. 5.

Qui ſatiſdare cogantur.

l. de die 8. §. Si ſervus 2. tr. 1. c. 2. n. 9.

De Pactis.

l. 4. §. hujus 2. tr. 18. c. 5. n. 7.
l. 7. §. adeo 6. tr. 16. c. 3. n. 13. §. ſed ſi 18. tr. 16. c. 2. n. 11.
l. 17. §. 1 & 4. tr. 16. c. 2. n. 16.
l. 19. §. 1. tr. 16. c. 4. n. 15.
l. 20. tr. 16 c. 4. n. 15.
l. 21. tr. 16. c. 4. n 15.
l. 27. §. 2. tr. 16. c. 3. n. 7. §. pacta 4. tr. 16. c. 4. n. 3. §. 7. tr. 16. c 4. n. 7. §. item 8. tr. 16. c. 4. n. 10. §. ult. tr. 16. c. 2. n. 3.
l. 28. in. pr. tr. 16. c. 2. n. 6.
l. 29. tr. 16. c. 2. n. 2.
l. 54. in pr. tr. 16. c. 3. n. 8.
l. ſi debitor 55. tr. 16. c. 3. n. 7.
l. Si convenerit 56. tr. 16. c. 3. n. 12.
l. 57. §. 1. tr. 16. c. 1. n. 19.
l. 59. tr. 16. c 4. n. 13.

De Procuratoribus.

l. 42. §. 6. tr. 22. c. 1. n. 35.

De dolo malo.

l. Si quis 9. §. item 2. tr. 20. c. 1. n. 26.

De minoribus viginti quinque annis.

l. 7. §. 7. tr. 22. c. 1. n. 46.
l. Illud 25. tr. 22. c. 1. n. 33.
l. Si emptionem 35. tr. 3. c. 2. n. 9.
l. Æmilius 38. tr. 4. c. 1. n. 24. & ſeqq. c. 2. n. 2. tr. 14. c. 3. n. 4. tr. 22. c. 2. n. 13.

Ex quibus cauſis majores viginti quinque annis in integrum reſtituantur.

l. 41. tr. 8. n. 18.

De alienatione judicii mutandi cauſa facta.

l. 8. §. ſed heredem 3. tr. 22. c. 2. n. 25.

Nautæ, Caupones, ſtabularii ut recepta reſtituant.

l. ult. tr. 15. c. 4. n. 28.

De Judiciis.

l. 8. tr. 15. c. 2. n 8.
l. 43. tr. 15. c. 1. n. 14.

De inofficioſo Teſtamento.

l. Papinianus 8. in pr. tr. 20. c. 1. n. 26. §. quarta 9. tr. 20. c. 4. n. 1. & 2.

De hæreditatis petitione.

l. 13. §. 6. tr. 6. c. 2. n. 3.
l. 15. in pr. tr. 4. c. 2. n. 4.
l. Quod ſi 16. tr. 12. c. 1. n. 30.
l. 25. §. ſi tamen 14. tr. 5. c. 1 n. 4.
l. 51. in pr. tr. 20. c. 1. n. 34.

De rei vindicatione.

l. 18. tr. 3. n. 22. tr. 5. c. 1. n. 38.
l. 41. tr. 3. c. 3. n. 47.

l. ejus

l. ejus 46. tract. 21. c. 2. n. 18.
l. ſi à titio 72. tract. 7. c. 1. n. 21.

De Publiciana in rem actione.

l. de pretio 8. tr. 14. c. 5. n. 2.
l. 9. §. ult. tr. 14. c. 4. n. 7.
l. 10. tr. 14. c. 4. n. 7.
l. ſi ego 11. §. idem 6. tr. 14. c. 4. n. 5.
l. cum ſponſus 12. §. ſi res 4. tr. 22. c. 2. n. 21.
l. ſi ſervus 15. tr. 14. c. 4. n. 6.

De uſufructu, & quemadmodum quis utatur, fruatur.

l. 1. in fine. tr. 14. c. 5. n. 15.
l. 12. §. 3. tr. 17. c. 3. n. 10.
§. ſed & 25. § inter 1. tr. 4. c. 2. n. 1.
l. quoties 34. tr. 5. c. 3. n. 32.
l. 41. §. 1. tr. 12. c. 3. n. 6.
l. uſufructu 52. tr. 1. c. 2. n. 4.

Quibus modis uſusfructus, vel uſus amittatur.

l. 1. §. 1. tr. 18. c. 2. n 6. §. ſi tibi 2. tr. 12. c. 2. n. 8. tr. 18. c. 2. n. 7.
l. 5. tr. 6. c. 2. n. 5.
l. ſi tibi 17. tr. 5. c. 3. n. 30.

De ſervitutibus Prædiorum ruſticorum.

l. 2. tr. 22. c. 1. n. 11. & ſeq.

Communia prædiorum.

l. ult. tr. 18. c. 2. n. 28.

Si ſervitus vindicetur.

l. altius 15. tr. 22. c. 7. n. 42.

Quemadmodum ſervitutes amittantur.

l. ſi communem 10. tr. 22. c. 2. n. 21.
l. ſi patrem 19. §. 1. tr. 18. c. 1. n. 30.

Familiæ erciſcundæ.

l. hæredes 25. §. 12. tr. 6. c. 8. n. 3.
l. pecunia 53. tr. 13. c. 1. n. 9.

Ad exhibendum.

l. tigni 7. tr. 17. c. 1. n. 22.

De religioſis & ſumptibus funerum.

l. 2. §. ult. tr. 7. c. 1. n. 11. & ſeq.
l. 3. tr. 7. c. 1. n 11. & ſeq.
l. ſi quis 12. tr. 5. c. 1. n. 16.

De rebus creditis.

l. rogaſti 11 §. 1. tr. 16. c. 3. n. 4.
l. ſingularia 15. tr. 17. c. 2. n. 11.
l. pecuniam 36. tr. 12. c. 1. n. 28. tr. 16. c. 1. n. 22.

De condictione indebiti.

l. 17. tr. 12. c. 3. n. 1.
l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. tr. 16. c. 3. n. 6.
l. ſufficit 56. tr. 16. c. 1. n. ult.
l. 60. §. 1. tr. 12. c. 1. n. 29. tr. 16. c. 1. n. 13.

De condictione furtiva.

l. ſi pro jure 7. in pr. tract. 16. c. 4. n. 1.

De eo quod certo loco dari oportet.

l. 2. §. 3. tract. 15. c. 1. n. 12. c. 1. n. 9. & ſeqq §. idem. 7. tr. 12. c. 1. n. 35. tr. 15. c. 2 n. 13. §. ult. tr. 15. c. 3. n. 6. & ſeqq.
l. 4. in pr. tr. 15. §. 1. tr. 15. c. 2. n. 5. & ſeqq.
l. 8. tr. 15. c. 4. n. 14. & ſeqq.
l. ult. tr. 15. c. 4. n. 24.

De pecunia conſtituta.

l. 3. §. 2. tr. 15. c. 2. n. 8.

Commodati vel contra.

l. 5. §. 12. tr. 3. c 3. n. 1.

De pigneratitia actione.

l. ſi rem. 9. §. omnis 3. tr. 12. c. 1. n. 2. §. ult. tr. 11. c. 1 n. 35.
l. ſolum 11. § ſi quis 2. tr. 16. c. 3. n ult.
l. ſi cum venderet 13. tr. 4. c. 2. n. 10.
l. tutor. 16 tr. 22. c. 1. n 39.
l. 18. tr. 5. c. 1. n. 19. & ſeq §. 2. tr. 5. c. 1. n. 28. §. 3. tr. 5. c. 1. n. 21.
l. aliena 20. in pr. tr. 5. c. 2. n. 13. c. 3. n. 1.
l. petenti 27. tr 5. c. 3. n. 1.
l. gaius 39. tr. 5. c. 3. n. 1.
l. debitor 40. §. fin. tr. 5. c. 1. n. 52.
l. 41. tr. 5. c. 2. n. 12.

Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur. tr. 9. per totum.

l. 3. tr. 9. c. 2. n. 4. & 5.

De compenſationibus.

l pecunia tr. 15. c. 2. n. 26.
l. 16. §. 1. tr. 15. c. 2. n. 26.

Depoſiti vel contra.

l. 1. §. eſt autem 22. tr. 22. c. 3. n. 4. §. ſi depoſuero 45. tr. 12. c. 3. n. 34.

Mandati vel contra.

l. 10 §. ult. tr. 16. c. 4. n. 21.
l. ſi vero 12. §. ſi filiifamilias 6. tr. 9. c 3. n. 9.
l. ſi mandavero 17. tr. 12. c. 1. n. 35.
l. qui negotia 34. tr. 17. c. 2. n. 11. & ſeqq.

Pro ſocio.

l. verum 63. §. ſi cum 5. tr. 9. c. 2. n. 7.
l. coita 75. tr. 2. c. 1. n. 25.

De in diem addictione.

l. ſi prædio 15. §. ſi fundus 1. tr. 3. c. 2. n. 6.
l. ubi 4. §. idem. 4. tr. 3. c. 3. n. 34.

De lege Commiſſoria. tr. 4. per totum.

De hæreditate vel actione vendita.

l. 1. §. illud 2. tr. 20. c. 1. n. 14. & 15.

De

LEGUM:

De reſcindenda venditione.

l. 1. tr. 16. c. 3. n. 13.
l. 3. tr. 16. c. 3. n. 14.
l. ſi emptio 4. tr. 16. c. 4. n. 6.
l. ſi id. 7. tr. 16. c. 3. n. 12.
l. ult. in pr. tr. 4. c. 2. n. 5. §. 1. tr. 4. n. 15.

De periculo & commodo rei vendita.

l. ult. tr. 15. c. 3. n. 7.

De actionibus empti, & venditi.

l. 5. tr. 6. c. 8. n. 3.
l. Julianus 13. §. offerri 8. tr. 12. c. 1. n. 2.
l. 21. §. 3 tr. 15. c. 3. n 7. & ſeq.
l. ſi quis 26. tr. 2. c. 1. n. 37.
l. ſi venditor 38 tr. 2. c. 1. n. 37.

Locati conducti.

l. 24. §. ſi domus 2. tr. 12. c. 2. n. 22.
l. 44. tr. 5. c. 1. n. 25.
l. ſinſulam 58. §. 1. tr. 12. c. 2. n. 34. tr. 15. c. 1. n. 8.

De rerum permutatione.

l. 1. §. 3. tr. 5. c. 1. n. 27.

De pignoribus, & hypothecis.

l. 11 tr. 5. c. 2. n. 19. § cum prædium 2. tr. 5. c. 1. n. 29. 30. & 34.
l. obligatione 6. tr. 7. c. 2. n. 1.
l. 11. §. 2. tr. 5. c. 1. n. 5.
l. 12. tr. 5. c. 1. n. 11. & 12.
l. 13. in pr. tr. 5. c. 3. n. 6. §. 2. tr. 5. c. 2. n 19. & 52.
l. & quæ 15. tr 5. c. 2. n. 5. c. 3. n. 6.
l. 16. §. 1. tr. 5. c. 2. n. 13. & 14. §. ult. tr. 4. c. 3. n. 2.
l. 21. §. 1. tr. 5. c. 2. n. 5.
l. 22. tr. 5. c. 2. n. 88. tr. 7. c. 1. n. 21.
l. 26. §. ult. tr. 5 c. 3. n. 6.
l. lex vectigali 31. tr. 3. c. 3. n. 17.

In quibus cauſis pignus vel hypoteca tacite contrahatur.

l. 3. tr. 21. c. 1. n. 10.
l. 5 § ſi quis 2. tr. 5. c. 3. n. 3.
l. licet 6. tr. 7. c. 1. n. 14. c. 2. n. 5.
l. eſt differentia 9. tr. 7. c. 2. n. 14. & 15. c. 2. n. 5.

Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur.

l. 3. §. 2. tr. 5. c. 1. n. 19.
l. 7. §. 1. tr. 5. c. 3. n. 7.
l. 9. §. titia 3. tr. 5. c. 2. n. 7. & ſeq.
l. potior 11. §. 11. ſi colonus 2. tr. 2. c. 1. n. 31. §. 3. tr. 5. c. 1. n. 39. c. 3. n. ult. tr. 5. c. 1. n. 24. & 30.
l. 12. §. ſimpliciter 7. tr. 5. c. 1. n. 55.
l. ſi non dominus 14. tr. 15. c. 1. n. 3.

De diſtractione pignorum.

l. 3. in pr. tr. 5. c. 1. n. 55.
l. creditor 7. §. illud 1. tr. 4. c. 1. n. 26.
l. 18. tr. 5. c. 1. n. 55.

Quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur.

l. 1. tr. 16. c. 3. n. ult.
l. ſi res 3. tr. 3. c. 3. n. 18.
l. 4. in pr. tr. 5. c. 1. n. 50.
l. 8. §. 3. tr. 5. c. 1. n. 47. §. 15. tr. 5. c. 3. n. 1. & 9.

De Ædilitio Edicto.

l. 43. § 8. tr. 5. c. 1. n. 50.

De evictionibus.

l. minor 37. §. ult. tr. 2. c. 2. n 4.

De uſuris.

l. evictis. 18. §. 1. tr. 4. c. 1. n. 13.
l. ult. tr. 5. c. 1. n. 7.

De probationibus.

l. cum de lege 12. tr. 9. c. 2. n. 2.

De jure dotium.

l. Julianus 20. tr. 16. c. 3. n. 9.
l. ſi ei 25. tr. 22. c. 1. n. 32.
l. 26. tr. 22. c. 1. n. 32.
l. 27. tr. 22. c. 1. n. 32.
l. liceat 43. §. 1. tr. 13. c. 1. n. 8.
l. 48. §. 1. tr. 1. c 2. n. 7. & 8.
l. ſi ſponſalibus 58. tr. 21. c. 3. n. 26.
l. 59. §. 1. tr. 18. c. 1. n. 24.
l. 80. tr. 12. c. 1. n. 28.
l. 83. tr. 12. c. 1. n. 28.
l. ult. tr. 16. c. 4. n. 19.

De pactis dotalibus.

l. 5. §. ult. tr. 16. c. 2. n. 21.

De fundo dotali.

l. 5. tr. 3. c. 3. n. 26.
l. penult. tr. 7. c. 1. n. 22.

De donationibus inter virum & uxorem.

l. ſi inter 24 tr. 17. c. 1. n. 20.
l. ſi extraneus 44. tr. 14. c. 3. n. 8.
l. uxor 55. tr. 7. c. 3. n. 4.

Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.

l. 18. tr. 10. c 2. n. 7.
l. 24. §. ſi exhæredatus 1. tr. 9. c. 2. n. 12. §. 2. tr. 12. c. 1. n. 22.
l. 31. §. ult. tr. 15. c. 4. n. 21.

De teſtamentaria tutela.

l. 10. tr. 6. c. 6. n. 1.
l. 23. tr. 6. c. 6. n. 1.
l. jure 26. §. ult. tr. 22. c. 2. n. 4.
l. penult. tr. 18. c. 2. n. 15.
l. ult. tr. 2. c. 3. n. 8.

De adminiſtratione & periculo tutorum.

l. ita 5. §. uſque 9. tr. 22. c. 2. n. 2.
l. 22. tr. 21. c. 1. n. 45.
l. 42. tr. 20. c. 1. n. 24.
l. 47. §. tutor 7. tr. 15. c. 2. n. 28.

De auctoritate tutorum.

l. accipientis 15. tr. 22. c. 2. n. 35.

l. poteſt 18. tr. 22. c. 1. n. 45.
l. inter 20. tr. 22. c. 1. n. 35.

De excuſationibus Tutorum.

l. 2. in pr. tr. 18. c. 2. n. 10.

Ubi pupillus educari, vel morari debeat.

l. 4. tr. 22. c. 1. n. 37.

De tutelæ rationibus diſtrahendis.

l. 1. §. 2 tr. 22. c. 1. n. 37.
l. 4. §. ſi adhuc 2. tr. 12. c 1. n. 35.

De rebus eorum qui ſub tutela, vel cura ſunt, &c.

l. 1. §. 2. tr. 22. c. 1. n. 6. §. ſi defunctus 3. tr. 22. c. 2. n. 5. §. ult. tr. 22. c. 1. n. 14. & ſeq. c. 2. n. 16.
l. 2. in pr. tr. 22. c. 1. n. 14. & ſeq. §. 2. tr. 15. c. 1. n. 13.
l. 3. §. 5. tr. 22. c 1. n. 40. c. 2. n. 24. §. ult. tr. 22. c. 1. n. 6.
l. magis 5. in pr. & §. 1. tr. 22. c. 1. n. 16. §. ſi fundus 3. tr. 22. c. 1. n. 41. §. 4. tr. 22. c. 2. n. 9. §. ſi pupillus 5. tr. 22. c. 1. n. 33. § 12. tr. 22. c. 3. n. 7.
l. 7. in pr. tr. 22. c. 1. n. 35. §. 1. tr. 22. c. 2. n. 31.
l. 8. §. ult. tr. 22. c. 2. n. 17.
l. ſi fundus 13. tr. 22. c. 3. n. 1.
l. ult. tr. 22. c. 2. n. 4.

De curatoribus furioſorum & aliis &c.

l. 1. §. ult. tr. 22. c. 1. n. 30.
l. pignus 11. tr. 22. c. 1. n. 34.

De liberis & poſthumis.

l. commodiſſime 10. tr. 2. c. 1. n. 15.
l. filius 16. tr. 20 c. 2. n. 12. c. 4 n. 12. verſ. quod ſi tr. 20. c. 2. n. 14. & 15.
l. 20. tr. 19. c. 4. n. 25.
l. Titius 25. tr. 6. c. 4. n. 3.
l. filius 28. tr. 20. c. 2. n. 13. tr 21. c 1. n. 17. & 43.

De his quæ in teſtamento delentur.

l. ult. tr. 16. c. 1. n. 12.

De hæredibus inſtituendis.

l. 1. § qui neque 3. tr. 6. c. 4. n 4.
l. 2. in pr. & §. 1. tr. 2. c. 1. n. 23. & 46.
l. 3. §. ult. tr. 19. c. 4. n. 25.
l. 4. in pr. tr. 20. c 2. n. 12. §. ult. tr. 20. c. 4. n. 3.
l. apud Julianum 5. tr. 20. c. 2. n. 12.
l 6 §. 1. tr. 21. c. 1. n. 52. §. nepotes 1. tr. 21. c. 3. n. 1.
l. quotiens 9. §. tantundem. 5. tr. 2. c. 1 n. 17. §. ſi ſervus 17. tr. 11. n. 14. tr. 21. c. 1. n. 16. & 27.
l. item 17. §. ſed ſi 4. tr. 2. c. 1. n. 48.
l ex facto 19. tr. 2. c. 1. n. 49.
l. 21. tr. 21 c. 1. n. 21.
l. hoc articulo 29. tr. 2. c. 1. n. 46.
l. 23. §. 1. tr. 21. c 2. num 9.
l. pignori 36. tr. 7. c. 1. n. 37.
l. 32 tr. 6. c. 4. n. 1.
l. ſi quis 36. tr. 2. c. 1. n 23.
l. 42. tr 6. c. 4. n. 1.
l his verbis 48. illa 1. tr. 1. c. 2. n. 8.
l. talem 51. §. ſi quis 1. tr. 2. c. 1. n. 19. tr. 21. c. 2. n. 12. & 13.
l. nemo 58. §. 1. tr. 2. c. 2. n. ult.
l. 59. § Titius 5. tr. 20. c. 2. n. 20.
l. in tempus 62. tr. 18. c. 2. n. 14. tr. 21. c. 1. n. 14.
l. ſervus 76. tr. 18. c. 2. n. 23.
l. qui non 78 §. ult. tr. 2. c. 1. n. 48.
l. 86. tr. 21. c. 1. n. 40.
l. ult. tr. 2. c. 3. n. 7. & 8.

De vulgari & pupillari ſubſtitutione.

l. 2. in pr. tr. 19. c. 2. n. 6. & 14.
l. 4. §. 1. tr. 19. c. 1. n. 41.
l. 10. in pr. tr. 19. c. 4. n. 19. §. filio 2. tr. 20. c. 2. n. 9.
l. 12. tr. 19. c. 4. n. 17.
l. Centurio 15. tr. 19. c. 1. n. 10.
l. is qui 22. tr. 19. c. 3. n. 19.
l. qui plures 23. tr. 20. c. 2. n. 30.
l. 28. tr. 19. c. 3. n. 9.
l. ſi pater 29. in pr. tr. 19. c. 3. n. 15.
l. 31. §. 1. tr. 19. c. 1. n. 29.
l. mater 33. tr. 19. c. 2. n. 1.
l. 41. §. 1. tr. 19. c. 4. n. 29. §. cohæret 6. tr. 19. c. 4. n. 36. §. cum pater 7. tr. 19. c. 1. n. 19.
l. 43. §. ult. tr. 19. c. 3. n. 20.
l. ex pupillari 44. tr. 19. c. 2. n. 19.
l. Lucius 45. §. 1. tr. 20. c. 2. n. 30.
l. pater familias 46. tr. 19. c. 1. n. 15.
l. qui habebat 41. tr. 19. c. 3. n. 16.

De conditionibus inſtitutionum.

l. 4. in pr. tr. 21. c. 1. n. 6.
l. quæ ſub conditione 8. §. mortuo 7. tr. 21. c. 2. num. 4. c 3. n. 29.
l. 11. tr. 21. c. 1. n. 39.
l. mulier 20. §. 1. tr. 7. c. 1. n. 20. & 21. tr. 10. c. 1. n. 10.
l. ſervus 21. tr. 21. c 1. n. 24.
l. quia ratio 22. tr. 21. c. 1. n. 26.
l. qui ex fratribus 24. tr. 2. c. 1. n. 26.
l. ult. tr. 20. c. 2. n. 12. c. 4 n. 3. & 4.

De teſtamento militis.

l. ex militari 11. §. ult. tr. 20. cap. 2. n. 2. & 3.
l. 12. tr. 20. c 2. n. 2.
l. 15. §. miles 4. tr. 21. c. 1 n. 9.
l. 17. §. 1. tr. 19. c. 4. n. 14.
l. miles 31. tr. 5. c. 2. n. 10. tr. 7. c. 1. n. 20.
l. miles 41. §. miles 3. tr. 19 c. 2. n. 10.

De acquirenda, vel omittenda hæreditate.

l. 7. in pr. & §. 1. tr. 20. c. 4. n. 1. §. 1. tr. 20 c. 2. n 6. & 7. §. ult. tr. 20. c. 2. n. 6. & 7.
l. ſi quis 25. §. ſed ſi 12. tr 19. c 4. n. 14.
l. 35. in pr. tr. 20. c. 2. n. 24. 31. & 32.
l. 40. tr. 19. c. 4. n. 16.
l. 41. tr. 19. c. 4 n. 17.
l. Julianus 42. tr. 19 c. 4. n. 21. & 24.
l. ſi quis 48. tr. 20. c. 1. n. 18.
l. eum qui 51. §. ult. tr. 17. c 4. n. 16.
l. qui ex duabus 53. tr. 20. c. 2. n. 18. & ſeqq.

LEGUM.

l. 55. tr. 20. c. 2. n. 8.
l. ſi is 56. tr. 20. c. 2. n. 8.
l. qui patri 59. tr. 20. c. 2. n. 34.
l. ſi ſervum 71. tr. 7. c. 1. n. 38. & ſeq.
l. ſi quis hæres 72. tr. 21. c. 1. n. 7.
l. ſi ſolus 80. §. 1. tr. 20. c. 2. n. 20. §. ult. tr. 20. c. 2. n. 22.
l. toties 81. tr. 20. c. 2. n. 27.
l. 84. tr. 20. c. 2. n. 15. c. 1. n. 32. c. 4. n. 19.
l. Pannonius 86. tr. 20. c. 1. n. 39.

Teſtamenta quemadmodum aperiantur.

l. 10. §. ult. tr. 18. c. 1. n. 19.

Si quis omiſſa cauſa teſtamenti.

l. 1. §. 8. tr. 1. c. 11. n. 23.
l. etſi 13. tr. 9. c. 1. n. 19.
l. in teſtamento 22. in pr. & §. 1. tr. 19. c. 3. n. 26.
l. mater 27. in pr. & §. 1. tr. 19. c. 3. n. 28.

De ſenatus conſulto Silaniano.

l. 3. §. elegantes 30. tr. 20. c. 1. n. 29.
l. qui poſthumos 4. tr. 20 c. 1. n. 29.

De jure codicillorum.

l. 2. §. codicillorum 2. tr. 7. c. 1. n. 30.

De legatis & fideicommiſſis. 1.

l. ſervi 5. §. Labeo 1. tr. 2. c. 1. n. 11.
l. Stichum 6. tr. 2. c. n. 9. & 19.
l. cum filio familias 11. tr. 18. c. 4. n. 10.
l. 12. §. 1. tr. 15. c. 1. n. 9. & ſeqq.
l. qui 17. §. 1. tr. 6. c. 2. n. 5.
l. legata 19. §. 1. tr. 19. c. 4. n. 33.
l. creditori 28. in pr. tr. 1. c. 1. n. 14. & 17.
l. 29. tr. 15. c. 3. n. 4.
l. 30. §. 1. & 2. tr. 12. c. 1. n. 27.
l. 37. tr. 6. c. 2. n. 9.
l. 43. §. 1. tr. 6. c. 7. n. 3. §. 2. tr. 15. c. 1. n. 15.
l. 44. §. ſi idem 7. tr. 7. c. 1. n. 33.
l. 47. §. 3. tr. 15. c. 1. n. 9.
l. 49. §. ſi Titio 4. tr. 1. c. 2. n. 2. §. ſed ſi 5. tr. 1. c. 2. n. 6.
l. 53. §. item 6. tr. 22. c. 2. n. 36.
l. turpia 54. in pr. tr. 2. c. 2. n. 8. tr. 6. c. 3. n. 9. §. 1. & 2. tr. 11. c. 3. n. 29.
l. ſi poſt mortem 68. in pr. tr. 18. c. 4. n. 11. §. 2. tr. 18. c. 4. n. 12. § ſi pure 2. tr. 12. c. 2. n. ult. tr. 18. c. 5. n. 20.
l. 69. §. 2. tr. 1. c. 2. n. 7.
l. 71. tr. 6. c. 2. n. 9. §. in pecunia 2. tr. 11. c. 1. n. 37.
l. ſi ſic 75. §. ſi mihi 1. tr. 2. c. 1. n. 50. §. 1. & 2. tr. 2. n. 52. 58. & ſeqq.
l. 91. in pr. tr. 12. c. 1. n. 27. §. 4. tr. 22. c. 1. n. 28. §. pen. tr. 18. c. 2. n. 27.
l. quidam 96 in pr. tr. 2. c. n. 33.
l. ab omnibus 104. §. cum quidam 6. tr. 12. c. 3. n. 7.
l. 107. §. 1. tr. 12. c. 3. n. 6.
l. ſervus 108. §. qui quinque 10. tr. 1. c. 2. n. 32. & ſeqq.
l. ſi quis 111. §. 1. tr. 7. c. 1. n. 5. tr. 2. c. 2. n. 8. tr. 6. c. 3. n. 2.
l. 123. §. 1. tr. 7. c. 1. n. 5.
l. pen. tr. 6. c. 4. n. 3.

De legatis & fideicommiſſis 2.

l. ſtatu liberum 11. tr. 18. c. 2. n. 18.
l. 16. tr. 6. c. 6. n. ult.
l. 17. §. 1. tr. 6. c. 7. n. 2. & ſeq. §. fin. tr. 6. c. 2. n. 6.
l. 24. tr. 6. c. 7. n. 1. & ſeq.
l. 30. tr. 6. c. 2. n. 9.
l. 34. §. Lucia 3. tr. 5. c. 3. n. 2.
l. ſi ita 45. §. 2. tr. 12. c. 2. n. 5.
l. ut hæredibus 50. §. cum ita 2. tr. 2. c. 1. n. 29.
l. quod principi 56 tr. 18. c. 1. n. 28.
l. peculium 65. §. quadrigæ 1. tr. 2. c. 1. n. 36. §. Titio 2. tr. 18. c 5. n. 20.
l. unum 67. §. rogo 7. tr. 6. c. 2. n. 6. c. 7. n. 1. & ſeq.
l. titio 74. tr. 12. c. 1 n. 27.
l. mulier 75. §. 1. tr. 20. c. 4. n. 9. & 10.
l. cum filius 76. §. hæres 3. tr. 2. c. 1. n. 55. §. ſervus 4. tr. 7. c. 1. n. 26. tr. 18. c. 2. n. 17.
l. cum pater 77. §. ult. tr. 2. c. 1. n. 17. & 18. tr. 6. c. 2. n. 6.
l. debitor 82. § 2. tr. 3. c. 1. n. 2.
l. ſi quis 84. tr. 18. c. 2. n. 12.
l. Titia 87. §. Seja 2. tr. 19. c. 1. n. 16.
l. Lucius 88. §. teſtator 5. tr. 12. c. 2. n. 4. §. quiſquis 10. tr. 2. c. 1. n. 38. & 39.

De legatis & fideicommiſſis 3.

l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem 6. tr. 18. c. 4. n. 8. §. ſi cui 11. tr. 22. c. 2. n. 10. tr. 1. c. 2. n. 4 §. interdum 21. tr. 1. c. 2. n. 4.
l. Stichus 12. tr. 6. c. 2. n. 10.
l. 13. tr. 6 c. 2. n. 29.
l. Paula 27. §. ult. tr. 2. c. 1. n. 34.
l. ſi fidei 28. tr. 8. per totum.
l. qui concubinam 29. § ſi Stichus 4. tr. 2. c. 1. n. 19.
l. Sextiam 32 tr. 20. c. 4. n. 11.
l. cum quis 37. §. Seja 2. tr. 2. c. 1. n. 8. tr. 6. c. 3. n. 1. & 2.
l. pater 38. §. 2. tr. 6. c. 7. n. 4. §. fundum 3. tr. 6. c. 3. n. 4.
l. cum uxori 58. tr. 2. c. 1 n. 45.
l. nuper 85. tr. 2. c. 1. n. 10. & ſeqq. & n. 40.
l. his verbis 102. tr. 2. c. 1. n. 12.

De annuis legatis.

l. Sejo 10. tr. 21. c. 3. n. 34.

De uſu uſufr. & reditu legat.

l. 1. tr. 5. c. 1. n. 17.
l. hominis 2. tr. 5. c. 1. n. 44.
l. 5 tr. 12. c. 3. n. 6.
l. 26. tr. 18. c. 2. n. 3.
l. is qui 31. tr. 5. c. 1. n. 47.
l. generali 32. §. filio 1. tr. 2. c. 1. n. 7. & 8.

De ſervitute legata.

l. fundum 3. tr. 18 c. 2. n. 32.

De dote prælegata.

l. 1. §. ſed etſi 7. tr. 2. c. 1. n. 33. & 38. §. ſi ſocer. 9. tr. 1. c. 3. n. 11. §. idem 12. tr. 1. c. 3. n. 12. §. idem 13. tr. 1. c. 3. n. 13.
l. 7. §. 1. & §. 2. tr. 1. c. 3. n. 14.

I N D E X

De optione, vel electione legata.

l. eos 11. tr 18. c. 2. n. 24.
l. ſi cum optio 14. tr. 5. c. 2. n. 10. tr. 7. c. 1. n. 10.
l. optione 16. tr. 18. c. 5. n. 12.
l. homine 18. tr. 16. c. 4. n. 9.

De tritico, vino, vel Reo legato.

l. cum certus 5. tr. 2. c. 1. n. 20.
l. quidam 7. §. 1. tr. 2. c. 2. n. 2.

De inſtructo, vel inſtrumento legato.

l. prædia 27. §. liberto 3. tr. 2. c. 1. n. 13.

De peculio legato.

l. 8. §. ult. tr. 18. c. 1. n. 17.

De Penu legata.

l. 1. tr. 18. c. 5. n. 18.

De alimentis, vel cibariis legatis.

l. libertus 18. §. ab hæredibus 1. tr. 18. c. 4. n. 2.

De auro, argento legatis.

l. uxori 3. tr. 2. c. 3. n. ult.
l. 34. §. ult. tr. 2. c. 1. n. 10. & 13.

De liberatione legata.

l. 3. §. 3. tr. 16 c. 4. n. 25.
l. 5. in pr. tr. 16. c. 4. n. 17. §. idem 1. tr. 16. c. 3. n. 6.
l. non ſolum 7. §. ſed ſi 6. & 7. tr. 16. c. 4. n. 4. & 15. §. ult. tr. 12. c. 1. n. 29.
l. damnatus 10. tr. 1. c. 1. n. 54.
l. 16. tr. 12. c 2. n. 3.
l. 17. tr. 12. c. 2. n. 3.
l. 18. tr. 12. c 2. n. 3.
l. ſi id 21. §. fin. tr. 12 c. 1. n. 19. tr. 18. c. 3. n. 15.
l. cum hæres 24. tr. 20. c. 3. n. 3.
l. legavi 25. tr. 2. c. 1. n. 50.
l. 29. tr. 21. c. 3. n. 16.
l. petitor 30. tr. 1. c. 1. n. 25. & 28.
l. fin. in pr. tr. 2. c. 1. n. 61.

De adimendis, vel tranſferendis legatis.

l. 3. §. ſi ludus 7. tr. 6. c. 2. n. 8.

De rebus dubiis.

l. 5. §. fin. tr. 6. c. 4. n. 3.
l. 6. tr. 6. c. 4. n. 3.
l. 9. §. 1. & ult. tr. 6. c. 7. n. 5.
l. ſi fuerit 10. tr. 6. c. 1. n. 8. c. 7. n. 5. tr. 19. c. 1. n. 25.
l. ſi quis 14. tr. 6. c. 2. n. 4.
l. ſi cognatis 19. tr. 6. c. 3. n. ult.
l. cum pubere 22. tr. 20. c. 1. n. 17.
l. ſi mulier 23. tr. 20. c. 1. n. 17. & 18.

De Regula Catoniana.

l. 1. §. 1. & 2. tr. 21. c. 2. n. 5.
l. ult. tr. 18. c. 1. n. 18.

De conditionibus & demonſtrationibus.

l. 2. tr. 21 c. 2. n. 2.
l. hæc conditio 10. in pr. tr. 18. c. 3. n. 22. tr. 21. c. 2. n. 4. c. 3. n. 3.
l. ſi fundus 13. tr. 21. c. 3. n. 19.
l. 21. in fine tr. 18. c. 1. n. 12.
l. in teſtamento 27. tr. 2. c. 1. n. 50.
l. 28. in pr. tr. 27. c. 3. n. 33.
l. 29. tr. 21. c. 2. n. 9.
l. 31. tr. 18. c. 3. n. 14.
l. quibus 40. tr. 21. c. 3. n. 28. §. dominus 3. tr. 1. c. 1. n. 19.
l. legata 41. tr. 16. c. 1. n. 5.
l. ſervo 47. tr. 2. c. 2. n. 12. tr. 18. c. 2. n. 21.
l. Mævius 55. tr. 21. c. 3. n. 17. tr. 6. c. 2. n. 2.
l. cui fundus 56. tr. 18. c. 3. n. 11.
l. 69. tr. 18. c. 5. n. 11.
l. 71. in pr tr. 21. c. 2. n. 1. §. 3. tr. 1 c. 2. n. 28 & 8. §. ult. tr. 18. c. 3. n. 17.
l. cum tale 72. §. Mæviæ 5. tr. 12. c. 1. n. 24. tr. 18. c. 4. n. 6.
l. 75. tr. 21. c. 1. n. 14. §. 1. & 2. tr. 18. c. 3. n. 19.
l. 79. in pr. tr. 18. c. 4. n 5. tr. 12. c. 3. n. 6.
l. Julianus 86. tr. 12. c. 1. n. 27. tr. 18. c. 2. n. 20.

Ad legem Falcidiam.

l. 5. tr. 1. c. 1. n. 30.
l. item 8. tr. 12. c. 1. n. 37.
l. inde 23. in pr. tr. 10. c. 1. n. 8.
l. qua ratione 30. tr. 18. c. 2. n. 22. §. penult. tr. 12. c. 2. n. 3.
l. alienus 61. tr. 2. c. 8. n. 3.
l. 63. tr. 10. c. 1. n. 6.
l. 91. tr. 6. c. 2. n. 3.

Si cui pluſquam per legem Falcidiam.

l. 1. §. Marcellus 3. tr. 19. c. 4. n. 37.

Ad Sc. Trebellianum.

l. 3. §. ult. tr. 8. n. 9.
l. 6. §. ult. tr. 15. c. 2. n. 29. & ſeq.
l. 7. tr. 15. c. 2. n. 29. & ſeq.
l. 8. tr. 15. c. 2. n. 29. & ſeq.
l. 9. tr. 15. c. 2. n. 29. & ſeq.
l. ſed ſi 10. tr. 12. c. 1. n. 15.
l. apud Julianum 11. §. 1. tr. 19. c. 3. n. 24. §. utrum 2. c. 3. n. 25.
l. cogi 16. §. 13. tr. 1. c. 1. n. 30. §. 15. tr. 8. n. 12.
l. 25. §. ſi quis 2. tr. 7. c. 1. n. 6.
l. 27. §. ſi pater 3. tr. 9. c. 1. n. 22.
l. 34. tr. 6. c. 7. n. 6.
l. cum hæres 35. tr. 20. c. 1. n. 34.
l. 57. in pr. tr. 18. c. 4. n. 15.
l. 70. §. 1. tr. 7. c. 1. n. 6.
l. Scævola 76. tr. 18. c. 5. n. 9. tr. 19. c. 2. n. 24. c. 1. n. 33.

Quando dies legatorum, vel fideicommiſſorum cedat.

l. 2. tr. 12. c. 2. n. 8.

L E G U M.

l. 5. §. 1. tr. 18. c. 1. n. 21. & ſeq.
l. 6. §. 1 tr. 18. c. 5. n 7.
l. 8. tr. 12. c. 1. n. 27.
l. ſi uſusfructus 14 in pr. & §. 1. tr. 18. c. 5. n. 15.
l. cum ita 16. in pr. tr. 18. c 5. n. 16.
l. cum ſine præfinitione 19 in pr. & §. 1. tr. 18. c. 2. n. 2. tr. 18. c. 5. n. 18. §. ſi debitor 3. tr. 18. c. 5. n. 7.
l. 21. tr. 18. c. 1. n. 21. & ſeq.
l. 24. in pr. tr. 18. c. 5. n. 19.
l. cum illud 25. in pr. tr. 18. c. 5. n. 19. § hæres 1. tr. 2. c. 3. n. 16. & 57.
l. 26. tr. 2. c. 1. n. 21. & 22.
l. pen. tr. 21. c. 3. n. 4.

Ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervandorum cauſa caveatur.

l. 8. tr. 18. c. 1. n. 3.
l. pen. tr. 15. c. 4. n. 11:

Ut in poſſeſſionem legatorum.

l. 5. §. ſi impuberis 12: tr. 19. c. 4. n. 35.

De bonorum poſſeſſionibus.

l. ult. tr. 20. c. 1. n. 28.

De bonorum poſſeſſione contra tabulas.

l. 4. §. ult. tr. 20. c. 1. n. 32. c. 2. n. 15.
l. 5. tr. 20. c. 1. n. 32.
l. ſub conditione 18. tr. 21. c. 1. n. 47.
l. 10. §. videamus 1. tr. 13. c. 1. n. 14.

De legatis præſtandis.

l. 5. §. non ſolum 4. tr. 19. c. 3. n. 19.
l. 10. §. 1. tr. 1. c. 3. n. 11.

De collatione.

l. 1. §. ibidem 8. tr. 13. c. 1. n. 24. tr. 20. c. 2. n. 11. §. ſi cum duobus 13. tr. 13. c. 3. n. 9. §. ſi emancipato 18. tr. 12. c. 3. n. 7. §. ſed an 16. tr. 13 c. 2. n. 22. §. ſi ab ipſo 19. tr. 13. c. 2. n. 3. § ſi impuberi 21. tr. 20. c. 1. n. 6. §. ſi quis 22. tr. 22. c. 2. n. 10.
l. 2. in pr. tract. 13. c. 2. n. 11. §. 2. tract. 2. n. 28.
l. 3. in pr. tr. 20. c. 1. n. 33.
l. filius 10. tr. 13. c. 1. n. 23.

De dotis collatione.

l. 1. §. ult. tr. 13. c. 2. n. 13.
l. pater 4. tr. 5. c. 3. n. 2. tr. 13. c. 4. n. 21. & 22.
l. filius 5. tr. 13. c. 4. n. 18.
l. 6. tr. 13 c. 1. n. 15.
l. 7. tr. 13. c. 1. n. 25.

De conjungendis cum emancipato liberis ejus.

l. 1. §. 14. tr. 13. c. 1. n. 11. §. ſi ſit 16. tr. 13. c. 1. n. 10. & ſeq. c. 2. n. 35.
l. ult. in fine tr. 13. c. 1. n. 20.

De Carboniano edicto.

l. 1. §. Pomponius 8. tr. 2. c. 3. n. 5.
l. ſcriptus 12. tr. 20. c. 1. n. 36.

De bonorum poſſeſſionibus ſecundum tabulas.

l. 2. §. 1. tr. 21. c. 1. n. 44.
l. ſi ita 8 in pr. tr. 20. c. 2. n. 23.
l. qui & liberis 11. tr. 19. c. 1. n. 24.

Si à parente qui manumiſſus ſit.

l. 1. §. ult. tr. 13. c. 1. n. 21.

De jure patronatus.

l. 3. tr. 8. n. 21.

De operis libertorum.

l. 13. §. ſi impubes 4. tr. 22. c. 1. n. 43.

De bonis libertorum.

l. etſi 6 tr. 9. c. 1. n. 19. §. 1. tr. 20. c. 1. n. 32.
l. in ſervitute 16. §. ſi quis 5. tr. 19. c. 3. n. 19.
l. liberto 26. tr. 18. c. 1. n. ult.
l. filius 42. §. ult. tr. 20. c. 1. n. 32.
l. patronum 44. §. 1. tr. 18. c. 1. n 17.

De ſucceſſorio edicto.

l. 1. §. furioſi 5. tr. 20. c. 2. n. 34. §. ſi quis 13. tr. 19. c. 4. n. 25.

De ſuis & legitimis hæredibus.

l. 1. §. ſciendum 8. tr. 20. c. 2. n. 12. & 13.
l. 9. tr. 20. c. 2. n. 27. & 28.

Ad Sc. Tertyllianum.

l. 1. §. 1. tr. 20. c. 1. n. 33.
l. 2. § 5. tr. 19. c. 3. n. 8. §. ſi quis 11. tr. 20. c. 2. n. 35. & ult. c. 2. n. 10.

De damno infecto.

l. 12. tr. 5. c. 1. n. 49.
l. 15. §. ſi qua 24. & §. item 25. tr. 5. c. 1. n. 49.
l. 44. §. 1. tr. 5. c. 1. n. 49.

De donationibus.

l. Modeſtinus 23. tr. 22. c. 1. n. 36.

De mortis cauſa donationibus.

l. 9. tr. 6. c. 2. n. 21
l. ſi mortis 29. tr 3. c. 3. n. 45.
l. 36. tr. 6. c. 2. n. 2.
l. ult. tr. 18. c. 1. n. 15.

De manumiſſionibus.

l. 2. tr. 5. c. 2. n. 10.
l. hæres 3. tr. 7. c. 1. n. 10.
l. Ælianus 10. tr. 7. c. 2. n. 5.
l. ſervum 11. tr. 7. c. 1. n. 6. & 20.
l. lege 12. tr. 18. c. 5. n. 22.
l. cauſam 21. §. 1. tr. 22. c. 2. n. 10.

De manumiſſis vindicta.

l. 2. tr. 22. c. 1. n. 43. & ſeq.
l. 3. tr. 5. c. 2. n. 30. tr. 7. c. 1. n. 18. & 20.

l. 4.

INDEX

l. 4. §. ult. tr. 7. c. 1. n. 18. tr. 22. c. 1. n. 43. & ſeq.
l. pupillus 24. tr. 22. c. 1. n. 37.

De manumiſſis teſtamento.

l. 4. §. ult. tr. 21. c. 1. n. 28.
l. qui filium 22. tr. 21. c. 3. n. 19.
l. 39. tr. 7. c. 1. n. 29.
l. Ariſto 46. tr. 18. c. 3. n. 21.

De fideicommiſſariis libertatibus.

l. libertates 16. tr. 7. c. 1. n. 28.
l. generaliter 24. §. 3. tr. 6. c. 3. n. 8. & 9. §. 10. tr. 7. c. 1. n. 27. & ſeqq. tr. 18. c. 5. n. ult. §. 17. tr. 6. c. 5. n. 3.
l. cum quaſi 30. §. Imperator 15. tr. 18. c. 7. n. 19.
l. non tantum 51 §. 1. tr. 22. c. 2. n. 9.

De ſtatu liberis.

l. 2. in pr. tr. 20. c. 1. n. 9.
l. 3. §. quod ſi 14. tr. 21. c. 1. n. 16.
l. cum hæres 4. in pr. tr. 21. c. 3. n. 25.
l. Stichus 39. §. Stichus 4. tr. 21. c. 3. n. 30.

Qui & à quibus manumiſſi liberi non fiunt.

l. optio 3. tr. 7. c. 1. n. 20.
l. cum hæreditas 5. §. ult. tr. 7. c. 1. n. 8. & ſeqq.
l. Julianus 6. tr. 7. c. 1. n. 8. & ſeqq.
l. in fraudem 11. tr. 7. c. 2. n. 5.
l. cum fideicommiſſa 16. §. Ariſto 3. tr. 7. c. 2. n. 5.
l. ſi ſervo 20. tr. 5. c. 2. n. 10. tr. 7. c. 1. n. 21.
l. matrimonii 21. tr. 21. c. 3. n. 9.
l. pignori 26. tr. 7. c. 1. n. 19. & 26.
l. 27. §. 1. tr. 22. c. 1. n. 43. & ſeq.
l. 28. tr. 7. c. 1. n. 7.
l. generaliter 29. §. 2. tr. 7. c. 3. n. 2. §. ult. tr. 7. c. 1. n. 6.

De liberali cauſa.

l. filium 31. tr. 7. c. 1. n. 21.

De adquirendo rerum Dominio.

l. ſubſtitutio 42. tr. 20. c. 1. n. 14. & 15.
l. 48. in pr. tr. 22. c. 1. n. 22.

De adquirenda, vel amittenda poſſeſſione.

l. 1. §. furioſus 3. tr. 20. c. 3. n. 12.
l. 3. §. Neratius 3. tr. 17. c. 2. n. 7. & 8.
l. ſi res 18. tr. 12. c. 2. n. 10.
l. 13. §. ſi is. 7. tr. 17. c. 1. n. 6.
l. 14. in pr. tr. 14. c. 4. n. 33.

De uſurpationibus & uſucapionibus.

l. 4. §. fructus 5. tr. 14 c. 3. n. 26. §. lana 19. tr. 14. c. 5. n. 7.
l. 10. tr. 14. c. 2. n. 8.
l. 14. tr. 14. n. 25. §. 1. tr. 14. c. 4. n. 28.
l. 15. tr. 14. c. 4. n. 22.
l. 16. tr. 14. c. 4. n. 29.
l. hominem 19. tr. 3. c. 37.
l. celſus 27. tr. 14. c. 3. n. 29.
l. cum ſolus 29. tr. 14. c. 3. n. 35.
l. rerum 30. §. 1. tr. 14. c. 4. n. 11.
l. ſi ſervus 34. tr. 14. c. 4. n. 8. tr. 20. c. 1. n. 13.
l. cum vir. 42. tr. 7. c. 1. n. 21.
l. 44. §. 1. tr. 14. c. 5. n. 7. §. & ſi 2. tr. 14. c. 2. n. 10. §. ult. tr. 14. c. 4. n. 21.

Pro emtore.

l. 1. tr. 22. c. 2. n. 18.
l. 2. tr. 22. c. 2. n. 18. §. ſtichum 2. tr. 14. c. 3. n. 24. §. in diem 4. tr. 3. c. 1. n. 7.
l. quod vulgo 11. tr. 14. c. 3. n. 32.

Pro herede.

l. 1. tr. 14. c. 3. n. 14.
l. ult. tr. 14. c. 3. n. 34.

Pro legato.

l. 7. tr. 14. c. 5. n. 4.

Pro ſuo.

l. ult. §. 1. tr. 14. c. 3. n. 32.

De re judicata.

l. ſi quis 7. §. 4. & 5. tr. 16. c. 4. n. 10.
l. 19. in pr. tr. 9. c. 2. n. 6.
l. ſi debitor 22. tr. 12. c. 1. n. 37.
l. 24. tr. 15. c. 4. n. 17.
l. Neſennius 41. tr. 9. c. 1. n. 31.

Quibus & cauſis in poſſeſſionem eatur.

l. ult. tr. 11. n. 6.

De rebus auctoritate judicis poſſidendis.

l. paterfamilias 28. tr. 19. c. 4. n. 21.

De curatore bonis dando.

l. 1. in pr. & §. 1. tr. 21. c. 1. n. 34.

Quæ in fraudem creditorum.

l. quod autem 6. in pr. & §. proinde 2. tr. 20. c. 1. n. 6.
l. & ſi 18. tr. 1. c. 1. n. 4.
l. patrem 19. tr. 19. c. 4. n. 9. tr. 21. c. 2. n. 10.

Quod legatorum.

l. 1. § quod ait 11. tr. 16. c. 2. n. 9.
l. 2. in pr. tr. 15. c. 4. n. 12.

Quod vi aut clam.

l. 11. §. ſi dundus 10. tr. 13. c. 3. n. 34.

De precario.

l. veluti 3. tr. 5. c. 1. n. 16.

l. &

LEGUM.

l. & habet 15. tr. 5. c. 1. n. 16.

De migrando.

l. 1. §. ſi penſio 4. tr. 12. c. 1. n. 21.

De Salviano interdicto.

l. 1. tr. 5. c. 1. n. 28.

De exceptione rei judicatæ.

l. 3. tr. 16. c. 4. n. 10.

De diverſis & temporalibus præſcriptionibus.

l. ſi duobus 6. §. ult. tr. 3. c. 3. n. 37.
l. auctione 8. tr. 17. c. 3. n. 8.
l. 24. §. etſi 3. tr. 14. c. 4. n. 30.
l. 25. §. ſed etſi 3. tr. 14. c. 4. n. 35.

De doli mali & metus exceptione.

l. apud Celſum 4. §. ſi cum 28. tr. 20. c. 1. n. 20.
l. pure 5. in pr. tr. 12. c. 1. n. 29. tr. 16. c. 1. n. 22.

De obligationibus & actionibus.

l. à ſervo 16. tr. 14. c. 4. n. 32.
l. 18. tr. 11. n. 2.
l. obligationum 44. §. 1. tr. 16. c. 1. n. 22. §. conditio 2. tr. 3. c. 1. n. 3.

De verborum obligationibus.

l. 1. §. ſimpliciter 3. tr. 12. c. 1. n. 27.
l. 8. in fine tr. 12. c. 1. n. 24.
l. ſi ita 14. tr. 12. c. 1. n. 32.
l. hujuſmodi 20. tr. 2. c. 1. n. 56.
l. divortio 24. tr. 2. c. 3. n. 2. & ſeqq.
l. dari 25. tr. 12. c. 1. n. 12.
l. 27. §. 1. tr. 12. c. 1. n. 33.
l. 38. § 7. & 8. tr. 17. c. 5. n 6. §. inter 16. tr. 12. c. 3. n. 1.
l. 48. tr. 1. c. 1. n. 14.
l. 49. §. ult. tr. 12. c. 1. n. 30.
l. cum qui 56. §. 1. tr. 16. c. 1. n. 17. §. 4. tr. 16. c. 1. n. 20.
l. minor 66. tr. 22. c. 1. n. 45.
l. 72. §. ult. tr. 12. c. 1. n. 32.
l. 83. §. 6. tr. 11. n. 11.
l. inſulam 84. tr. 12. c. 1. n. 32.
l. exiſtimo 98. §. 1. tr. 12. c. 1. n. 32.
l. à Titio 108. tr 6. c. 2. n. 1.
l. cum ſtipulatus 113. §. 1. tr. 12. c. 1. n. 33.
l. ſi ita 120. tr. 2. c. 1. n. 35.
l. qui Romæ 122. in pr. tr. 12. c. 1. n. 10. tr. 15. c. 2. n. 20. §. Agerius 4. tr. 2. c. 1. n. 30.
l. inſulam 124. tr. 12. c. 1. n. 33.
l. 137. §. cum ita 2. tr. 15. c. 1. n. 3. 14. & 18. c. 2. n. 3. 19. & 32.
l. ult. §. 4. tr. 15. c. 1. n. 7.

De duobus reis.

l. eadem 9. §. 2. tr. 16. c. 3. n. 9. §. ult. tr. 15. c. 4. n. 5.

De ſtipulatione ſervorum.

l. uſusfructus 26. tr. 18. c. 2. n. 28.

De fidejuſſoribus.

l. 15. §. 1. tr. 16. c. 4. n. 22.
l. 16. §. 1. & 2. tr. 15. c. 1. n. 1. & ſeq.

De novationibus.

l. 8. §. 1. tr. 16. c. 1. n. 5.

De ſolutionibus.

l. ſi ſoluturus 39. tr. 12. c. 1 n. 15.
l. debitor 63. tr. 16. c. 4. n. 13.
l. 68. tr. 21. c. 3. n. 19.
l. 98. in pr. & §. 1. tr. 15. c. 2. n. 9. §. 7. tr. 21. c. 3. n. 22. tr. 16. c. 3. n. 44.
l. quoties 98. §. 2. tr. 22. c. 1. n. 33. §. ſi mihi 6. tr. 15. c. 1. n. 1. & 6. c. 2. n. 25.
l. 100. tr. 15. c. 2. n. 18.
l. quod diximus 105. tr. 12. c. 1. n. 37.

De Acceptilatione.

l. 13. §. 4. tr. 16. c. 4. n. 8. §. Stichum 6. tr. 16. c. 4. n. 5. §. ſi legatorum 8. tr. 16. c. 1. n. 4. & ſeqq. §. 9. tr. 16. c. 1. n. 6.
l. niſi 14. tr. 16. c. 1. n. 3.

Rem ratam haberi.

l. bonorum 14. §. 1. tr. 10. c. 1. n. 28.

De furtis.

l. 1. §. 2. tr. 17. c. 2. n. 10.
l. 4. §. autem 3. tr. 16. c. 2. n. 16.
l. qui tabulas 27. §. 1. tr. 16 c. 1. n. 12.
l. 46. tr. 7. c. 1. n. 11. & 13.
l. ſi quis 51. §. ſi quis 21. tr. 16. c. 4. n. 2.
l. in faciendo 67. in pr. tr. 17. c. 2. n. 10. §. cum ſervus 3. tr. 3. c. 3. n. 2.
l. falſo 82. tr. 16. c. 1. n. 13.

De pœnis.

l. 33. tr. 7. c. 1. n 27.

De bonis damnatorum.

l. cum ratio 7. §. ex bonis 2. tr. 20. c. 1. n. 7.

De jure fiſci.

l. 3. §. 2. tr. 16. c. 3. n. 8.
l. aufertur 46. in pr. tr. 2. c. 3 n. 6.
l. Statius Florus 48. §. 1. tr. 18. c. 4. n. 10.
l. ult. tr. 3. c. 3. n. 6. & ſeqq.

De captivis.

l. quod filius 11. tr. 19. c. 3. n. 13.

De Caſtrenſi peculio.

l. 17. §. 1. tr. 1. c. 1. n. 15.
l. ex Caſtrenſi 18. §. itaque 2. tr. 22. c. 2. n. 16.

l. de

I N D E X

l. de hæreditate 19. §. 2. tr. 20. c. 2. n. 1. & ſeq. §. pater 3. tr. 7. c. 1. n. 31. §. non tamen tr. 7. c. 2. n. 22.
l. ult. tr. 7. c. 1. n. 31.

De verborum ſignificatione.

l. alienationis 28. tr. 20. c. 1. n. 6.
l. Urbana 198. tr. 22. c. 2. n. 6. 15. & 16.

De regulis juris.

l. non vult. 6. tr. 20. c. 1. n. 22.
l. quod ab initio 29. tr. 5. c. 2. n. 1.
l. fructus 72. tr. 5. c. 1. n. 7.
l. 77. tr. 21. c. 1. n. 2. & ſeqq.

EX CODICE.

De Sacroſanctis Eccleſiis.

l. jubemus 14. tr. 22. c. 2. n. 16.

De pactis.

l. 1. tr. 16. c. 2. n. 10.
l. pacta 12. tr. 3. c. 3. n. 13.
l. 16. tr. 16. c. 2. n. 10.
l. fin. tr. 5. c. 3. n. 6.

De tranſactionibus.

l. 11. tr. 16. c. 2. n. 10.

Si adverſus ſolutionem.

l. 2. tr. 22. c. 1. n. 33.

De inofficioſo teſtamento.

l. 3. tr. 2. c. 3. n. 12.
l. ſi quis 33. tr. 20. c. 1. n. 16.
l. ſcimus 36. §. ult. tr. 20. c. 1. n. 16.

De uſufructu, & habitatione.

l. 6. tr. 5. c. 1. n. 6.

Communi dividundo.

l. pen. tr. 22. c. 1. n. 35.

Communia utriuſque judicii.

l. ſi inter 8. tr. 22. c. 1. n. 35.
l. ult. tr. 13. c. 4. n. 20.

De conditione indebiti.

l. fideicommiſſum 7. tr. 6. c 8. n. 2.

De conditione ex lege.

l. 3. tr. 22. c 4. n. 6. & 7.

De obligationibus, & actionibus.

l. 5. tr. 16. c. 3. n. 18.
l. 6. tr. 15. c. 1. n. 55.

Ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant.

l. un. tr. 22. c. 3. n. 2.

Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt, &c.

l. liberam 10. tr. 5. c. 3. n. 4. tr. 20. c. 1. n. 13.

De uſuris.

l. 5. tr. 16. c. 2. n. 7.

De hæreditate vel actione vendita.

l. 7. tr. 5. c. 1. n. 19.

De rebus alienis non alienandis.

l. ult. tr. 22. c. 1. n. 32. 39. 40.

De pactis inter emptorem & venditorem.

l. ſi fundum 2. tr 3. c 3. n 13.
l. commiſſoriæ 4. tr. 3. c. 3. n. 43.

De donationibus ante nuptias.

l. 8. tr. 21. c. 2. n. 37.

De jure dotium.

l. 1. tr. 22. c. 1. n. 41.

De rei uxoriæ actione.

l. un. §. 5. tr. 1. c. 3. n. 5.

Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.

l. nec maritus 8. tr. 9. c. 2. n. 8.

De adminiſtratione tutorum, vel curatorum.

l. pupillorum 21. tr. 22. c. 2. n. 11.
l. lex 22. tr. 22. c. 1. n. 17. 19. 22.
l. ſi tutoris 23. tr. 22. c. 2. n. 24.
l. fin. §. defenſionem 3. tr. 22. c. 2. n. 18.

Arbitrium tutelæ.

l. 7. tr. 22. c. 1. n. 46.

De curatore furioſi, vel prodigi.

l. ult. §. tali 7. tr. 20. c. 1. n. 35.

De prædiis, & aliis rebus minorum.

l. 7. tr. 21. c. 2. n. 12.
l. 9. tr. 22. c. 4. n. 12.
l. ſi minor 15. tr. 22. c. 1. n. 33.
l. 16. tr. 22. c. 3. n. 7. c. 4. n. 5. & 7.
l. inter 17. tr. 22. c. 2. n. 16.

Si quis ignorans rem minoris eſſe.

l. 1. tr. 22. c. 2. n. 22.
l. ult. tr. 22. c. 2. n. 22.

Si major factus.

l. fin. tr. 21. c. 4. n. 14.

Qui admitti ad bonorum poſſeſſionem poſſunt.

l. emancipata 4. tr. 20. c. 2. n. 10.
l. 8. tr. 20. c. 1. n. 38.

De

L E G U M.

De collationibus.

l. filiæ 4. tr. 13. c. 2, n. 13.
l. ſi donatione 15. tr. 13. c. 2. n. 17.
l. ut liberis 17. tr. 13. c. 4. n. 5. & 6.
l. illam 19. tr. 13. c. 4. n. 8.
l. illud 20. §. 1. tr. 13. c. 2. n. 21.

De teſtamento militis.

l. 1. tr. 20. c. 1. n. 38.
l. 6. tr. 19. c. 4. n. 7.

De hæredibus inſtituendis.

l. extraneum 9. tr. 10. n 6. tr. 22. c. i. n. 18.

De inſtitutionibus & de ſuſtitutionibus.

l. ſi teſtamentum 8. tr. 2. c. 1. n. 12.

De impuberum & aliis ſubſtitutionibus.

l. 16. tr. 19. c. 4. n 4.
l. 8. tr. 19. c. 4. n. 3. & 6.

De neceſſariis ſervis hæredibus inſtituendis.

l. 1. tr. 7. c. 1. n. 37.

De jure deliberandi.

l. 1. tr. 20. c. 1. n 10.
l. ſi infanti 18. in pr. & §. 1. tr. 20. c. 3. n. 11. & 12, §. ſin vero 3. tr. 20. c. 1. n. ult.
l. cum in antiquioribus 19. tr. 20. c. 2, n. 4. & 3. 14.
l. ult. §. ſin autem 2. tr. 20. c. 3. n. 5.

De his quibus ut indignis.

l. cum Silianum 11. tr. 20. c. 1. n. 29.
l. 14. tr. 6. c. 5. n. 4.

De fideicommiſſis.

l poſt mortem 12. tr. 18. c. 4. n. 9.

Communia de Legatis.

l. ult. §. ſiu autem 3. tr 5. c. 1. n. 54.

De caducis tollendis.

l. un. §. in noviſſimo 5. verſ. exceptis. tr. 20. c. 3. n. 1. 14. & 13. tr. 20. c. 4. n. 18.

De his qui ante apertas tabulas.

l. un. tr. 20. c. 3. n. 1. 8. 23. & ſeqq. c. 4. n. 21.

De ſuis & legitimis.

l. ſi matre 11. tr. 20. c. 1. n. 16.

Ad S. C. Tertyllianum.

l. 1. tr. 10. c. 1. n. 16.

De legitimis hæredibus.

l. ſi ab eo 11. tr. 13. c. 2. n. 26. & ſeq.

De fideicommiſſariis libertatibus.

l. ſi quis 16. tr. 6. c. 7. n. 4.

De ſervo pignori dato manumiſſo.

l. 1. tr. 7. c. 3. n. 1.
l. 2. tr. 7. c. 2. n. 5.
l. ſi creditores 5. tr. 7. c. 1. n. 19.
l. 6. tr. 7. c. 1. n. 16.
l. ult. tr. 7. c. 3. n. 3.

Qui manumittere non poſſunt.

l. in fraudem 51 tr. 7. c. 2. n. 5.

Qui non poſſunt ad libertatem pervenire.

l. 1. tr. 18. c. 2. n. 17.

Communia de manumiſſionibus.

l. 1. tr. 7. c. 1. n. 25.

De liberali cauſa.

l. ſi ab eo 7. tr. 7. c. 1. n. 21.

De uſucapione pro emptore.

l. 2. tr. 22. c. 2. n. 23.

De uſucapione pro hærede.

l. 2. tr. 14. c. 3. n. 13.

De acquirenda & retinenda poſſeſſione.

l. 3. tr. 20. c. 3. n. 13.

De fructibus & litium expenſis.

l. 3. tr. 15. c. 4. n. 28.

De uſuris rei judicatæ.

l. ult. §. 1. tr. 9. c. 1. n. 44.

Comminationes Epiſtolas, &c.

l. 1. tr. 15. c. 2. n. 5. & 6.

Si aliena res pignori data ſit.

l. 3. tr. 22. c. 1. n. 39.
l. ſi rem 7. tr. 22. c. 1. n. 39.

Quæ res pignori obligari poſſunt.

l. ſpem 5. tr. 5. c. 3. n. 6.
l. ult. tr. 5. c. 3. n. 7.

Si antiquior creditor pignus vendiderit.

l. 1. tr. 5. c. 1. n. 55.

Si pignus pignori.

l. 1. tr. 5. c. 1. n. 52.
l. 2. tr. 5. c. 1. n. 52.

INDEX

De remiſſione pignoris.

l. debitum 5. tr. 16. c. 3. n. ult.
l. ult. tr. 5. c. 3. n. 8.

De ſolutionibus & liberationibus.

l. uſuras 8. tr. 15. c. 2. n. 22.

De donationibus.

l. ſancimus 34. §. ult. tr. 6. c. 4. n. 21.

De bonis proſcriptorum.

l. ſi deportatus 8. tr. 13. c. 4. n. 20.

EX NOVELLIS.

Nov. 158. c. 1. verſ. ſed obtincto. tr. 20. c. 3. n. 15.

EX JURISPRUDENTIA EXTRA JUSTINIANEA.

Ulpianus in Fragmentis.

tit. de libertis. §. poſt mortem 18. tr. 18. c. 2. n. 13.
tit. de tutelis §. tutoris 27. tract. 22. c. 1. n. 2. & ſeqq.
Tit. de Dominiis & acquiſitionibus rerum. §. traditio 7 tr. 14. c. 5 n. 1. §. in jure 9. & §. adjudicatione 16. & ſeq. tr. 14. c. 5. n. 3 §. hæreditas 11. tr. 20. c. 1. n. 19. §. res autem 15. tr. 17. c 2. n 6.
tit. de legatis §. legatorum 31. tr. 18. c. 2. n. 14.

Paulus lib. 1. Sententiarum.

Tit. de ſatiſdando 19. §. 1. tr. 16. c. 2. n. 17.
lib. 4. ſententiarum. tit. 1. de fideicommiſſis, §. rogaſti 17. tr. 16. c. 2. n. 10.

LAUS DEO.

PRIVILEGE GENERAL.

N°. 1507.

LOUIS PAR LA GRACE DE DIEU, ROY DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amés & feaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlemens, Maîtres des Requêtes ordinaires de nôtre-Hôtel, grand Conſeil, Prevôt de Paris, Baillifs Senéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Juſticiers, qu'il appartienda; SALUT. Nôtre bien-amé NICOLAS DEVILLE, Libraire à Lyon, Nous ayant fait remontrer qu'il ſouhaiteroit faire imprimer & donner au Public pluſieurs Ouvrages qui ont pour Titre *Tractatus de penſionibus Eccleſiaſticis, Auctore P. Franciſco de Tonduti; ejuſdem Rotæ; ejuſdem deciſiones de Præventione judiciali; ejuſdem Quaſtiones; Joſephi de Roſa, Conſultationes Deciſionum Granaeenſium Centuria, Auctore J. B. Larrea; Joannis Eſcobar à Corro de Puritate & Nobilitate probanda Tractatus; Franciſci Munnoz de Eſcobar de Ratiociniis adminiſtratorum Tractatus; Joannis Pugæ Tractatus varii; Jacobi Tirini Commentarius in Vetus & Novum Teſtamentum; Gradus ad Parnaſſum, Bibliotheca Muſarum*; s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege ſur ce neceſſaires, offrant pour cet effet de les faire imprimer en bon papier & beaux caracteres, ſuivant la feüille imprimée & attachée pour modéle, ſous le contre-ſcel des Préſentes. A CES CAUSES, voulant traiter favorablement ledit Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes, de faire imprimer leſdits Livres ci-deſſus ſpecifiés, en un ou pluſieurs Volumes, conjointement ou ſéparément, & autant de fois que bon lui ſemblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout nôtre Roïaume, pendant le tems de *ſix années* conſécutives, à compter du jour de la date deſdites Préſentes. Faiſons defenſes à toutes ſortes de Perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoïent, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun Lieu de nôtre obéïſſance; comme auſſi à tous Libraires, Imprimeurs, & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire aucuns deſdits Livres ci-deſſus expoſés, en tout ni en partie, n'i d'en faire aucuns Extraits, ſous quelque prétexte que ce ſoit d'augmentation, correction, changement de Titre, même de traduction étrangére, ou autrement, ſans la Permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de ſix mille livres d'amende contre chacun des Contrevenans; dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Expoſant, & de tous dépens, dommages & interêts: à la charge que ces Préſentes ſeront enregiſtrées tout au long ſur le Regître de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que l'impreſſion de ces Ouvrages ſera faite dans nôtre Roïaume & non ailleurs; & que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du dixiéme Avril 1725. & qu'avant que de les expoſer en vente, les Manuſcrits ou Imprimés qui auront ſervis de Copie à l'impreſſion deſdits Livres, ſeront remis dans le même état où les Approbations y auront été données, ès mains de nôtre très-cher & féal Chancelier, Garde des Sceaux de France, le ſieur CHAUVELIN; & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans nôtre Biblioréque publique; un dans celle de nôtre Château du Louvre, & un dans celle de nôtre très-cher & féal Chevalier, Garde des Sceaux de France, le ſieur CHAUVELIN, le tout à peine de nullité des Preſentes; du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire joüir l'Expoſant ou ſes Aïans cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la Copie deſdites Préſentes, qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin deſdits Livres, ſoit tenuë pour dûëment ſignifiée, & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers & Sécretaires, foi ſoit ajoûtée comme à l'Original. Commandons au premier nôtre Huiſſier, ou Sergent, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant Clameur de Haro, Chartre Normande, & Lettres à ce contraires: Car tel eſt nôtre plaiſir. Donné à Verſailles le onziéme jour du mois de Decembre, l'an de grace mil ſept cens trente-deux, & de nôtre Régne le dix-huitiéme.

Par le ROY, *en ſon Conſeil.*
SAINSON.

Regiſtré ſur le Regiſtre VIII. *de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris*, N°. 466. *folio* 449. *conformément aux anciens Réglemens confirmés par celui du* 28. *Février* 1723. *A Paris le* 25. *Decembre* 1732.

G. MARTIN, *Syndic.*

Digitized by Google